UNIVERSITE DE NANCY. — FACULTE DE DROIT

Les Entreprises d'Intérêt Public

ET

l'Usage de la Permission

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 13 juillet 1923, à 14 heures

par

Pierre JOLLY

Lauréat de la Faculté de Nancy

Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

Président : M. RENARD, Professeur

Suffragants : MM. HENRY, Professeur
LALOUEL, Agrégé.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, Boulevard Saint-Michel

1923

ERRATA

Page 26. Ligne 26. — Supprimer : « et qui ne sont pas susceptibles d'intéresser l'entreprise administrative puissante en droit en fait ».

— 80. Ligne 6. — Lire : watts (44).

— 83. Ligne 1. — Lire : recevoir (49). Par ailleurs...

— 104. Ligne 18. — Lire : ment méconnue (79).

— 120. Ligne 12. — Supprimer : « commodité de la circulation, elle est habilitée à créer des entreprises de transports sous la forme de véritables corporations d'intérêt public ».

— 122. Ligne 6. — Supprimer : « Ici, pour les permissions de police, la ques- voirie.

— 147 et 148. Ligne 27. — Supprimer : « Mais pour protéger l'individu, faudra térêt... etc. », jusqu'à la 5e ligne, page 148 : « elle est faite aussi de sollicitude ».

LES ENTREPRISES D'INTÉRÊT PUBLIC

ET

L'USAGE DE LA PERMISSION

FACULTE DE DROIT DE NANCY

Doyen : M. Gény (✻, ⚜ I).

Doyen et professeur honoraire : M. Binet (✻, ⚜ I).

Professeurs honoraires : MM. May (✻, ⚜ I) et Garnier (⚜ I).

MM. Chrétien (⚜ I), professeur de Droit international public et privé.

Gény (✻, ⚜ I), professeur de Droit civil.

Michon (⚜ I), professeur de Droit romain.

Brocard (⚜ I), professeur d'Economie politique.

Morel (⚜ A), professeur de Droit civil, chargé de cours à la Faculté de Droit de Paris.

Renard (⚜ I), professeur de Droit public.

Henry, professeur de Droit criminel.

Lavergne (⚜ A), professeur d'Economie politique et d'Histoire des Doctrines économiques, chargé de cours à la Faculté de Droit de Lille.

Krœll (⚜ A), professeur d'Histoire du Droit.

Oudinot (⚜ A, ✻, 🎖 💣), agrégé, détaché au Ministère des Régions libérées.

Lalouel, agrégé, chargé des cours de Droit administratif, de Droit public et constitutionnel comparé et de Législation financière.

Lescot (💣), agrégé, chargé des cours de Droit commercial et de Voies d'exécution.

Simonnet (⚜ I), docteur en Droit, chargé des cours de Droit civil (3e année) et de Droit civil (capacité).

Gignoux (✻, 💣), docteur en Droit, chargé des cours d'Economie politique (licence et doctorat).

Voirin (💣), docteur en Droit, chargé d'un cours de Droit civil (2e année).

Melin (⚜ I), docteur en Droit, chargé du cours de Science sociale.

Bertrand (⚜ I), secrétaire.

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières des candidats.

UNIVERSITE DE NANCY. — FACULTE DE DROIT

Les Entreprises d'Intérêt Public

ET

l'Usage de la Permission

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 13 juillet 1923, à 14 heures

par

Pierre JOLLY

Lauréat de la Faculté de Nancy
Diplômé de l'Ecole des Sciences Politiques

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Président : M. RENARD, Professeur

Suffragants : MM. HENRY, Professeur
LALOUEL, Agrégé.

PARIS

LES PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE

49, Boulevard Saint-Michel

1923

INTRODUCTION

Evoluant sans cesse, le Droit a mérité qu'on dise de lui : « le Droit c'est la Vie » (1). L'évolution est lente, à peine perceptible en Droit privé ; elle est au contraire d'une rapidité et d'une souplesse parfois déconcertante en Droit public. « Les lois sociales sont dans leur développement ce qu'il y a de plus mobile dans l'humanité ; cette mobilité des institutions en constitue l'histoire ; à chaque instant la borne se déplace. » (2).

Aujourd'hui, grâce à la contribution de la jurisprudence et d'une grande partie de la doctrine, la science du Droit public a pris corps, elle a désormais ses méthodes propres, encore qu'elle se ressente des erreurs d'interprétation qu'ont commises des publicistes trop soucieux de s'en tenir à une méthode strictement analytique et procédant des préjugés civilistes.

Devançant fréquemment le législateur, hostile aux formules rigides qui risquent de figer la vie sociale, la pratique administrative tend, en perfectionnant le droit public, à sauvegarder l'intérêt général.

(1) E. Lerminier. Philosophie du Droit. 1835. Livre V. Ch. 1°, p. 265.

(2) E. Lerminier, op. cit. Livre II, Ch. I, p. 110.

Les marques de son esprit inventif abondent (3).

Il n'est certes pas dans notre intention, d'englober en un vaste examen tous les faits qui trahissent la souplesse du droit public. Nous nous cantonnerons dans un domaine plus restreint et très strictement délimité.

En ce qui concerne l'activité économique générale, certains esprits inclinent parfois à dissocier d'une façon rigide le procédé du service public et celui de l'entreprise privée. Le premier est tout entier imprégné de puissance publique, c'est un procédé nettement autoritaire ; le deuxième est, au contraire, entièrement laissé à la libre initiative des particuliers.

Dans la réalité des choses, il est inexact de prétendre qu'une barrière infranchissable sépare ces deux procédés qui relèvent de deux branches du Droit diamétralement opposées. Le service public n'est qu'un procédé dont il est fait choix, parmi des modes multiples, pour des services impliquant une étroite surveillance ; mais il n'y a pas un abîme entre le service public administratif et l'entreprise privée (4). En fait, il s'intercale toute une théorie de solutions intermédiaires, de procédés très nuancés et plus

(3) On n'a pas oublié les ingénieux palliatifs qu'elle a suscités pour parer aux lourdes charges financières dont était responsable la loi du 11 juin 1880 sur les chemins de fer d'intérêt local et les tramways. Il ne restait plus au législateur qu'à confirmer par la loi du 31 juillet 1913, l'œuvre d'une jurisprudence assurément hardie, mais très protectrice des intérêts généraux.

(4) Cpr. M. Haurion. Précis de Droit administratif. Ch. IV. G. Jeze. Principes généraux de Droit administratif. 1914. (P. 247 et s., 260 et s.)

souples que le procédé du service public. L'Etat a cessé d'être uniquement « veilleur de nuit ». Devant l'étendue d'une tâche que l'évolution rend sans cesse plus absorbante, l'Etat a le droit et l'impérieux devoir de s'assurer la collaboration bénévole ou « réquisitionnée » des particuliers.

Il n'y a pas que le service public qui soit susceptible de pourvoir à la satisfaction des besoins ressentis par les diverses collectivités ; et le Droit administratif si subtil dans ses inventions, vient offrir d'autres procédés dont il importe de donner dès maintenant une vue générale. Notons qu'il existe entre eux divers points de contact. Cette observation ne laisse pas de rendre particulièrement difficile, l'adoption d'une classification rationnelle des divers procédés utilisés en vue de l'établissement d'entreprises d'intérêt public, tenant le milieu entre le service public administratif (5) et l'entreprise privée.

Envisageant les organisations qui se font les auxiliaires de l'Administration, M. Hauriou les répartit en deux grandes catégories. Dans un premier groupe se rangent les auxiliaires de l'administration publique pour la gestion des services publics déjà créés : entrepreneurs, concessionnaires... etc... ; dans un deuxième groupe prennent place les organes de l'administration d'intérêt public pour des œuvres non érigées en services publics. Ce sont ces dernières entreprises d'intérêt public qui tiennent le milieu

(5) Service public administratif : c'est-à-dire fonctionnant suivant des procédés bien spéciaux « imprégnés de puissance publique ».

entre le procédé trop autoritaire du service public et celui trop lâche de l'entreprie privée, qui nous occuperont. Mais, il convient, au préalable, de rechercher comment elles se subdivisent elles-mêmes. L'existence ou l'inexistence d'une association pourvue de la personnalité morale ou d'une reconnaissance d'utilité publique, ne pourrait-elle pas être retenue comme susceptible de fournir un critérium capable de nous guider utilement ? Retenant cette première idée, M. Hauriou y joint celle de la subvention et de « l'appel pur et simple fait à l'institution privée ». (6)

Il ne faut pas oublier que les moyens utilisés en vue de l'organisation des entreprises d'intérêt public sont multiples, et tendent même parfois à se confondre. Dans ces conditions, nous ne pouvons, d'ores et déjà, dresser un catalogue définitif des divers procédés auxquels le Droit administratif a recours lorsqu'il organise les entreprises d'intérêt public. Aussi bien, pareille ambition ne serait-elle pas la négation même de la souplesse du droit public ? En admettant, par hypothèse, que nous parvenions à l'exactitude, notre œuvre risquerait d'être rapidement démodée. Vraie, peut-être auourd'hui, elle serait bientôt incomplète et nous aurions méconnu que le droit public : « c'est la vie ! ».

Mais, étant donné que nous nous plaçons sur le terrain de l'activité économique générale, nous esti-

(6) Loi du 1er avril 1898 : Sociétés de Secours Mutuels. — Loi du 5 avril 1910 : Retraites ouvrières et paysannes... etc...

mons qu'il convient plutôt de mettre en relief les idées suivantes :

Nous avons : d'une part, le droit absolu de liberté qui permet aux particuliers d'exercer leur activité, et, d'autre part, le service public proprement dit. Tant que le particulier se borne à user de ses droits civils généraux, l'administration n'a pas d'armes à son profit, abstraction faite toutefois de son droit général de réquisition. Que si, au contraire, le particulier est contraint, ses propres droits étant épuisés ou limités, d'avoir recours à l'Administration et de lui demander, par exemple : une permission, une autorisation, la situation est tout autre. Alors que dans la première hypothèse, l'Administration ne doit établir un service public que s'il y a nécessité, dans le deuxième cas, elle pourra, par contre, imposer des charges spéciales, *conditionner* les permissions octroyées, de telle sorte qu'elle arrivera à pourvoir à l'institution d'entreprises d'intérêt public. Ces permissions, l'Administration les délivre, soit en vertu de ses droits de police, soit en vertu de ses droits de propriétaire. De même, l'Administration pourra imposer aux particuliers utilisant des « choses communes » : gisements miniers, énergie hydraulique, un ensemble de charges édictées dans l'intérêt de la collectivité. Grâce à ces procédés, il se créera des entreprises d'une hiérarchie intermédiaire entre le service public et l'entreprise privée.

Nous étudierons successivement : les permissions de voirie, les permissions de police et les autorisations ayant pour but de permettre l'exploitation des

richesses collectives envisagées comme moyens d'assurer l'établissement des entreprises d'intérêt public. Nous nous demanderons, en outre, quelle est la valeur respective de chacun de ces procédés et nous apercevrons que les arguments qui militent en faveur de leur différenciation n'ont peut-être pas le caractère déterminant qu'on leur reconnaît parfois.

Enfin, nous nous efforcerons de discerner l'orientation nouvelle que la formule des entreprises d'intérêt public est susceptible d'imprimer à l'Economie Nationale.

Puisqu'il n'y a pas un abîme entre le service public et l'entreprise privée, mais que celle-ci comme celui-là se rejoignent pour composer l'entreprise d'intérêt public, il nous paraît dès lors logique, à seule fin de faciliter l'intelligence de notre étude, d'analyser au préalable et d'une manière très succincte, la technique du service public, et de discuter l'autonomie véritable des entreprises privées.

CHAPITRE PREMIER

LES SERVICES PUBLICS

SOMMAIRE : Section I. — *La place des services publics dans l'Etat Moderne.*
Section II. — *La création des services publics.*
Section III. — *Les modes d'exécution des services publics.*

Section I

La place des services publics dans l'Etat moderne.

Le service public s'est conquis une place de premier ordre dans la structure de l'Etat moderne (1). Qu'est-ce donc qu'un service public ? Nul texte de loi n'en a donné de définition, mais la jurisprudence administrative, suppléant à la carence du législateur, est arrivée à en préciser la notion. Un service public est une entreprise gérée par ou pour le compte de la puissance publique ou de l'un de ses démembre-

(1) Convenablement dégagée, cette idée a permis d'assurer la précision du contentieux administratif. Le service public administratif géré suivant des procédés spéciaux, bien marqués par l'empreinte de la puissance publique, réalise dans l'état actuel de la jurisprudence, le plus sûr criterium du contentieux administratif.

Conflits, 29 février 1908, Feutry S. 1903-3-97, note Hauriou ; 11 avril 1907, de Fonscolombes. Rec. p. 448 ; Conseil d'Etat 4 mars 1910, Thérond, conclusions Pichat, S. 1911-3-17, note Hauriou ; 7 avril 1916, Astruc. Conclusions Corneille, Rec. p. 832.

ments, dans un but d'intérêt général et suivant des procédés exorbitants du droit commun.

Les services publics sont actuellement fort nombreux. Ce qui caractérise l'Etat moderne, ce n'est pas leur existence, mais leur multiplication (2). L'ancien régime qui réalisait à un degré absolu la conception de l'Etat autoritaire possédait déjà quelques services publics. Mais, eu égard aux attributs que l'on reconnaissait à l'Etat ou plutôt au roi, les services publics d'alors n'étaient que des services à la fois strictement autoritaires et élémentaires. La Révolution, encore qu'elle manifestât quelques contradictions, parut vouloir augmenter le nombre des services publics. Elle proclamera que les « secours publics sont une dette sacrée » et qu' « après le pain, l'éducation est le premier besoin du peuple » (3), mais

(2) « Une portion de plus en plus importante de la vie sociale, s'est trouvée gérée ou contrôlée par l'Etat...

« Aujourd'hui, l'Etat se trouve chargé, en dehors des fonctions essentielles de la Défense nationale, de Justice et de Police, que l'anarchie seule lui refuse, d'une grande quantité de tâches qui ne ressortissent pas d'une notion rigoureuse de l'Etat.

« L'Etat français est actuellement fabricant de poudres, de tabac et d'allumettes, entrepreneur de postes, télégraphes et téléphones, entrepreneur de chemins de fer, banquier, assureur, imprimeur, fabricant de monnaies et médailles, exploitant de journaux, fabricant et marchand de porcelaines, exploitant de forêts, imprimeur de cartes géographiques, architecte, métallurgiste, fabricant d'aéroplanes, éleveur de chevaux, fournisseur de fourrages, boulanger, tailleur, constructeur de navires, maître de pension, mouleur, graveur, tapissier, restaurateur de vieux monuments, horticulteur, entrepreneur de routes, constructeur de ponts et ports, etc... » Rapport Bokanowski, budget 1923.

(3) Danton. Discours à la Convention Nationale, 13 août 1793.

c'est au dix-neuvième siècle qu'il appartiendra de créer utilement. Qu'il nous suffise de mentionner quelques-unes des causes qui, par leur fréquence, ont contribué à transformer d'une manière si profonde la physionomie de l'Etat moderne. Ces causes sont à la fois d'ordre économique et d'ordre politique. D'ordre économique, car les besoins d'une nation sont en raison directe des progrès de la civilisation et de l'économie nationale qui croît suivant un rythme accéléré. D'ordre politique et social, car sous l'influence des principes démocratiques, nous avons vu arriver au pouvoir non plus l'exception mais la quasi totalité de la Nation. Aujourd'hui, c'est la Démocratie qui se commande ses services publics (4). N'obéissant plus aux suggestions de l'Ecole libérale, l'Etat, sous l'influence des circonstances et grâce à la puissance de ses moyens d'action, a considérablement élargi son rôle. C'est là, l'effet d'une tendance vers l'Etat économique.

Section II

La création des Services Publics

Nous étudierons en premier lieu les situations juridiques préexistantes à la création des services publics (5).

(4) Voir G. Jeze. Cours de science des finances et de législation française. Causes de l'accroissement général des dépenses publiques, p. 52-58-60.

(5) Cpr. G. Jeze. Principes généraux de Droit administratif, 1914, p. 300 et s.

Nous pouvons concevoir que, dans un certain domaine, l'initiative privée soit elle-même en mesure d'assurer des services d'intérêt collectif, et ce faisant, n'use que de ses propres droits. Si, dans cette hypothèse, l'Administration établit un service public, il est certain qu'elle se heurtera à des droits très puissants, dont elle triomphera d'ailleurs facilement. Sans doute, ne créera-t-elle, en principe du moins, que s'il y a nécessité absolue, mais pareille mesure ne laissera pas d'être grave. Elle procédera du droit général de réquisition. Quel pourra être le mobile invoqué ? Ce sera toujours l'intérêt général, mais ce dernier est parfois assez hospitalier.

Il se peut que l'Administration accomplisse bien un acte créateur. Il en sera ainsi, lorsqu'elle organisera un service antérieurement à toute réalisation privée, alors que celle-ci était susceptible de se présenter ; ou bien opérant une sorte d'évocation (6) l'Administration monopolisera et placera sous l'égide de la vie publique un service qui jusqu'alors en avait été regardé comme étranger, à moins qu'elle ne se borne à concurrencer l'initiative privée.

Nous pouvons concevoir une autre situation juridique. Précédemment, nous imaginions l'initiative privée dotée de moyens suffisants, pour mener à bien une tâche peut-être difficile, mais qui par hypothèse ne dépassait pas son énergie, et nous faisions remarquer qu'en pareil cas la création d'un service public

(6) Loi du 12 février 1835. Loi du 21 décembre 1872 (tabacs)... etc...

devait demeurer une mesure exceptionnelle prise sous l'empire de nécessités inéluctables.

Nous supposerons maintenant l'initiative privée impuissante en droit et en fait. Impuissante en droit, car elle ne possède pas la force juridique lui permettant de vaincre des droits égaux aux siens et qui les contrecarrent ; impuissante en fait, car dotée, cette fois, de moyens d'action notoirement restreints, il lui est impossible pour reprendre un langage vulgaire mais bien expressif de « voir grand ». Il nous est facile d'imaginer dans cet ordre d'idées, des exemples d'entreprises privées impuissantes en droit et en fait ; l'écueil auquel elles se heurtent est insurmontable. Il est nécessaire qu'une force supérieure émanant d'une « capitalisation de pouvoir » se dépense. La puissance publique est alors habilitée à créer un service public.

Ce qu'il importe de retenir — car nous serons fréquemment amenés à nous y reporter — ce sont les particularités qu'offrent les diverses situations juridiques préexistantes à l'évocation ou à la création d'un service public.

Section III

Les modes d'exécution des Services Publics

Un autre problème se présente bientôt : comment fonctionnera le service public ? Le droit admi-

nistratif offre trois procédés : la régie, la concession, l'affermage (7).

Ce présent chapitre n'étant destiné qu'à mieux éclairer notre prochaine dissertation sur un procédé concurrent du service public, c'est, dès lors, la technique du fonctionnement du service public qu'il nous faut présenter. Sous réserve des modalités de stature qui les différencient, chacun des trois modes précités, implique par lui-même une rigidité plus ou moins accentuée. Rigidité poussée jusqu'au paroxisme dans la régie et qui, diminuée dans la concession, passe par une nuance intermédiaire dans l'affermage.

Un service en régie est soumis à l'entière maîtrise de la puissance publique. Ici, point de collaboration due à une initiative privée joignant ses vues et ses méthodes propres à celles de l'Administration.

Mais, il faut admettre aussi, qu'un service en régie, qu'il soit communal, départemental ou national, est plus ou moins dépendant des représentants du personnel et de la clientèle.

Participant très étroitement à la vie administrative, il lui emprunte toutes ses méthodes.

La puissance publique opère presque toujours la centralisation budgétaire des services publics (8).

(7) Chacun des modes d'exécution des services publics comporte différentes modalités (régie simple, régie intéressée, concession, concession intéressée, etc...).

(8) La multiplication des services publics a eu pour conséquence très naturelle d'augmenter considérablement les dépenses publiques « les budgets se sont enflés parce que les

Cette centralisation est à la fois bonne et mauvaise. Elle est bonne quand il s'agit de services publics qui n'ont à aucun degré le caractère industriel. Elle peut paraître mauvaise quand les services présentent un caractère industriel et commercial (9).

Les agents qui coopèrent au fonctionnement d'un service public en régie sont des fonctionnaires, ce qui implique qu'ils ne sauraient se mettre en grève, puisqu'il est de l'essence du service public d'être continu (10).

La puissance publique a le bénéfice d'une situation unilatérale. Nous en déduirons facilement que le système de la régie ne doit s'appliquer qu'à un certain nombre de services limitativement déterminés. Le nombre des services qui doivent être placés

fonctions de l'Etat se sont constamment étendues et approfondies... Il ne faut pas s'étonner de l'accroissement des dépenses publiques qui a partout et toujours coïncidé avec l'extension des fonctions de l'Etat ». Rapport Bokanowski, op. cit.

(9) La question de l'autonomie financière des services publics à caractère industriel est controversée, non pas tant en raison des principes que des nécessités politiques. Il est avéré que l'application du décret du 31 mai 1862 n'est pas de nature à permettre une brillante exploitation commerciale. La centralisation budgétaire empêche la constitution d'un capital initial, l'aménagement d'un fonds de réserve et, le cas échéant, l'émission d'emprunts. L'observation des règles budgétaires n'assure aucune régularité dans la réalisation des programmes et interdit d'affirmer dans un bilan périodique, la sincérité de l'exploitation.

On répond d'ailleurs qu'il sera difficile avec la pluralité des budgets de dégager la situation d'ensemble des finances publiques, que la pratique budgétaire actuelle est une règle de sécurité financière, etc... Cpr. Allix. Traité de Science des finances et de législation financière française, 1921, p. 54 et s.

(10) Conseil d'Etat, 7 août 1909, Winckel S. 1909-3-145, note Hauriou. — Louis Rolland. Les grèves des postes de 1909 et le Droit public.

en régie ne peut être fixé *ne varietur*. Les solutions varient suivant le temps et le milieu. Toutefois, on doit agir avec beaucoup de circonspection et ne placer un service sous l'égide immédiate de la puissance publique que si les circonstances l'exigent, car il est beaucoup plus difficile de confier à l'initiative privée des services en régie, que d'incorporer à l'entreprise administrative des services jusqu'alors conduits suivant des méthodes privées (11).

Le procédé de la concession participe d'un type hybride composé d'une situation unilatérale et d'une situation contractuelle. Unilatérale pour tout ce qui regarde l'organisation même du service, contractuelle quant aux stipulations financières. La puissance publique doit avoir le champ libre lorsqu'il s'agit de l'organisation du service. En fait, la réglementation édictée aura souvent pour conséquence de pro-

(11) L'Etat s'efforce souvent d'atténuer toutes les conséquences qui devraient logiquement résulter de l'exécution d'un service en régie. C'est ainsi qu'en matière de chemins de fer, il se considère comme son propre concessionnaire. L'article 22 de la loi du 15 juillet 1845 disposait déjà que si l'Etat devenait par la suite entrepreneur de chemins de fer, les litiges soulevés à l'occasion du service seraient de la compétence judiciaire. Ce qui était en germe en 1845 a été récemment précisé par la jurisprudence. On range désormais les exploitations industrielles de l'Etat en deux catégories : d'une part, les industries monopolisées et d'autre part les industries non monopolisées. Pour les premières, la compétence est en principe administrative sauf exception formellement stipulée (colis postaux du service intérieur, loi du 12 juillet 1905). Pour les secondes, la compétence est judiciaire : loi du 15 juillet 1845 et l'arrêt du Tribunal des Conflits du 22 janvier 1921, Société Commerciale de l'Ouest Africain contre Côte-d'Ivoire. A noter toutefois que les litiges se rattachant à l'existence d'un ouvrage public sont toujours de la compétence administrative. (Conseil de Préfecture en premier ressort. Loi du 28 pluviôse, an VIII. Art. IV.)

voquer ou d'aggraver les charges financières ; le concessionnaire s'adressera alors au juge du contrat afin « qu'il lui plaise de dire les charges extracontractuelles ayant provoqué un déséquilibre financier (12).» Il faut noter comme une éventualité assez probable le conflit dû au heurt de deux volontés concurrentes (13). Il se peut que certains services publics s'accommodent mal de cette situation contractuelle.

La concession est un mode de collaboration des

(12) Si le concessionnaire conteste la légalité de la règlementation qui lui est imposée, il se place sur le terrain de recours pour excès de pouvoir. (Conseil d'Etat, 6 décembre 1907. Chemins de fer de l'Est. S. 1908-3-1, note Hauriou) ; s'il soutient que la réglementation a eu pour effet d'augmenter les charges, il doit s'adresser au juge du contrat. (Conseil d'Etat, 11 mars 1910. S. 1911-3-1, note Hauriou.)

(13) Le concédant se trouve lié par les stipulations qui sont contenues dans l'accord. « Si l'autorité administrative venait à accorder une concession qui puisse porter atteinte à une concession bénéficiant de certains avantages exclusifs, cette convention pourrait entraîner à l'encontre de l'autorité qui a ainsi manqué à ses engagements, une condamnation à des dommages-intérêts au profit du concessionnaire lésé. La concession est donc sinon le régime absolu du *monopole*, du moins le régime qui le facilite. »

L'aspect contractuel de la concession apparaît bien en ce sens que l'autorité administrative se trouve liée par les clauses du traité de concession. Saisie « de plusieurs demandes de concessionnaires différents, l'autorité administrative devra veiller à n'accorder de concessions nouvelles que dans la mesure où celles-ci ne peuvent nuire aux engagements pris par elle dans les contrats antérieurement passés. Si cependant l'autorité administrative venait à accorder une concession qui puisse porter atteinte à une concession bénéficiant de certains avantages exclusifs, cette convention pourrait entraîner à l'encontre de l'autorité qui a ainsi manqué à ses engagements, une condamnation à des dommages-intérêts au profit du concessionnaire lésé ; ...dans la concession, l'agent de l'autorité procédant comme personne civile et gérant à ce titre l'intérêt de la collectivité engage directement la responsabilité de cette dernière dans la mesure de l'acte de gestion accomplie ». Remaury. Canalisations d'éclairage, p. 18 et 19.

particuliers à l'exécution des services publics. Le procédé de la concession soulage la puissance publique. Cependant il ne faut pas lui conférer une valeur absolue. Le procédé de la concession n'est-il pas dans certains cas utilisé mal à propos (14) ? Il convient aussi de se garder d'une erreur et ne pas croire que la régie et la concession soient facilement interchangeables.

Quant au procédé de l'affermage, il est d'une facture variable, susceptible de se rapprocher de l'un ou de l'autre des deux modes précités. La puissance publique se réserve généralement un contrôle plus étroit que dans le système de la concession (15).

Régie, concession et affermage ont une base commune : le service public. L'hypothèse du conflit que la situation contractuelle de la concession peut engendrer ne doit pas nous laisser sur une impression par trop fâcheuse, en nous laissant persuadés que l'intervention du concédant est sinon vouée à l'insuccès, du moins très pénible. S'inspirant de la nécessité de la continuation du service public, l'Administration dispose de moyens énergiques. La menace du rachat ou de la déchéance contraint à l'obéissan-

(14) Depuis quelque temps, les contrats de concession comportent la clause de partage des recettes et donnent lieu à une véritable association financière entre le concédant et le concessionnaire. (Cpr. Chemins de fer d'intérêt général. Conventions de 1883, de 1921. Transports en commun de la Région Parisienne. Transports en commun de Bordeaux, etc... Voir pour le partage des recettes en matière de services publics municipaux Conseil d'Etat, avis du 26 février 1919.)

(15) Cpr. Décret du 26 juin 1915 réglementant les voies ferrées d'intérêt local. (Titre II. Affermage), mod. le 21 septembre 1922.

ce le concessionnaire récalcitrant. Celui-ci est guidé par le désir de réaliser des profits très positifs. Toutefois l'idée de service public apporte un correctif. Lors de la passation du contrat de concession la puissance publique stipule tant au profit des usagers qu'à celui des agents chargés de pourvoir au fonctionnement du service. Elle fixe au profit des usagers le tarif maximum de la taxe destinée à rémunérer le concessionnaire. Vis-à-vis des agents, elle se montrera parfois plus généreuse qu'envers ses fonctionnaires (16). Cette double stipulation est une notion importante à retenir. Elle est normale puisqu'il s'agit d'un service public.

En résumé, le nombre des services publics, susceptible, sans doute, de varier suivant les circonstances, ne doit pas être considérable dans un Etat qui tient à se garder d'être un Etat Providence. Il ne doit y avoir service public que lorsque l'intérêt général l'exige et surtout lorsque l'initiative privée ne saurait pourvoir à la satisfaction des besoins impérieux ressentis par la collectivité (17).

(16) Nous citerons à ce sujet les lois du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911 qui ont doté les agents des chemins de fer du plus favorable régime des retraites que connaisse notre législation sociale. La transaction intervenue entre l'Etat et les Compagnies lors de la passation des Conventions de 1921 a mis fin aux réclamations intentées par les réseaux.

Au point de vue de la grève, les entreprises concessionnaires sont régies par le droit commun.

(17) Pour les services publics municipaux, la question présente un certain caractère de précision en raison du contrôle exercé par voie de tutelle, ou par voie contentieuse (voir Hauriou, op. cit., p. 254. Lucien Petit : l'extension du domaine économique des communes (Revue politique et parlementaire) 1905, t. XLVI, page 468 et s. Conseil d'Etat, 11 avril 1919 ;

CHAPITRE II

LES ENTREPRISES PRIVEES

SOMMAIRE : Section I. — *Du principe de liberté.*
Section II. — *Des tempéraments apportés au principe de liberté.*

Section I

Du principe de liberté

Tout à l'opposé des services publics se placent les entreprises privées dont il importe de préciser les caractères.

21 juin et 23 décembre 1921). Aux termes de la jurisprudence la plus récente, la création de services publics communaux est « possible exceptionnellement pour satisfaire des besoins essentiels, au cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'industrie privée ». Cette formule est rigoureusement appliquée aux services publics municipaux ; pour les services d'Etat, il n'en est naturellement pas de même, ce qui fait que le nombre des services publics est relatif dans le temps et dans l'espace. Nous trouvons en effet des pays qui répugnent à la création de services d'Etat et dont les institutions locales favorisent le développement du socialisme municipal (Boverot : le socialisme municipal en Angleterre et ses résultats ; Montet : Etude sur le socialisme municipal anglais) Voir Revue d'économie politique N° 1, 1923, William Oualid, Les Finances locales en Alsace-Lorraine. En Alsace-Lorraine, les « grandes communes », en raison de leur grande liberté de décision, ont assumé « des charges qui, en France, incombent normalement à l'Etat, aux départements ou même aux associations privées. Les villes alsaciennes et lorraines sont entrées résolument dans la voie du municipalisme avec la largeur de vues et le souci d'une édilité moderne qui caractérisent les grandes cités allemandes ou anglaises ». Voir dans l'article précité les remèdes suggérés par M. William Oualid pour le « réajustement » des services publics municipaux de l'Alsace-Lorraine.

Le principe de liberté, une des assises de notre droit public moderne apparaît à priori comme un principe absolu : « La liberté est le résultat et l'harmonie de tous les éléments de la sociabilité. Elle est l'ordre organique, l'ordre en action ; la liberté sociale concerne à la fois l'homme et le citoyen, l'individualité et l'association ; elle doit être à la fois individuelle et générale, ne se concentrer ni dans l'égoïsme des garanties particulières, ni dans le pouvoir absolu de la volonté générale ; principe essentiel que confirment les enseignements de l'histoire et les théories des philosophes » (1). Principe essentiel, certes, mais dont on n'a pas toujours mesuré l'exacte portée. En 1789, la liberté avait été désirée infinie, intangible. Ainsi, on omettait qu'en matière sociale il ne faut jamais vouloir pousser un principe jusqu'à ses extrêmes conséquences. Les révolutionnaires, et particulièrement les Constituants, ne s'étaient point illusionnés sur la relativité du principe qu'ils proclamaient absolu, emportés qu'ils étaient par leur passion. « Nous avons édifié la statue de la Liberté mais il nous faut la voiler », s'écriera Mirabeau (2).

A la réglementation étouffante de l'Ancien Régime, la Révolution substitua la liberté du travail, du commerce et de l'industrie. Des lois postérieures allaient préciser les éléments d'analyse du principe de liberté déclaré en 1789.

Du point de vue théorique, l'entreprise privée confirme le principe de liberté en ce qu'elle est puis-

(1) E. Lerminier. Op. cit. Livre II. Chapitre I, p. 114.
(2) Cpr. L. Madelin. Histoire de la Révolution, p. 40 et s.

sante en fait et en droit. Nous ajouterons une autre proposition : l'entreprise privée est surtout *socialement libre. Socialement libre,* c'est-à-dire que dans un pays donné, à une époque déterminée, nous la concevons comme de nature à se mouvoir dans un champ d'action qui n'intéresse que peu, ou même pas du tout la vie publique du moment. L'organisation de l'entreprise privée ne dépassera ni la propre aptitude juridique, ni les forces physiques de cette dernière. L'entreprise privée aura à se ménager quelques concours, mais la coopération à laquelle elle fera appel sera d'ordre privé (3). En raison même de leur liberté sociale, la puissance publique ignorera ces sortes d'entreprises. Aussi bien, leur formule de création et de fonctionnement résidera-t-elle tout entière dans la liberté. Pareil libéralisme se conçoit puisque la puissance publique considère que leur but n'exige pas, pour le moment du moins, leur adjonction à l'entreprise administrative.

Telles sont quelques-unes des réflexions que suggère le principe de libre activité économique. Dès lors, si l'on établit un parallèle entre cette autonomie et l'étroite dépendance du service public, on aperçoit que l'entreprise privée ne vise à atteindre que des buts pour la réalisation desquels elle est à la fois puissante en droit et en fait, et qui ne sont pas susceptibles d'intéresser l'entreprise administrative. puissante en droit et en fait, et qui, dans un pays

(3) Il se constituera des sociétés de personnes ou mieux encore des sociétés de capitaux.

donné, à une époque déterminée, ne sont pas susceptibles d'intéresser l'entreprise administrative.

Section II

Des tempéraments apportés au principe de liberté

Jusqu'ici nous nous sommes volontairement placés sur le terrain de la liberté pure opposé à celui du service public. Entre eux, s'intercale l'entreprise d'intérêt public, qui, composant à la fois avec la vie publique et la vie privée, subit la réglementation de sa liberté eu égard à son but et aux circonstances qui ont présidé à son établissement.

Une erreur nous guette qu'il n'est pas inutile de prévenir. Il ne faudrait pas se laisser méprendre par certaines apparences. En effet, si, quittant le champ des spéculations d'une philosophie idéale, nous nous portons sur le terrain plus pratique des réalités, les droits de l'individu nous y apparaissent doublement limités, non seulement par l' « exercice des droits naturels qui appartiennent à autrui », mais encore et surtout par ce fait, qu'à chaque instant, l'individu se heurte aux droits supérieurs de l'Etat. Et si, de nos jours, on se plait à signaler un retour vers la réglementation, cela n'est-il pas dû en grande partie à ce qu'on s'est quelquefois mépris sur le sens et l'exacte portée du principe de liberté ?

La première restriction apportée par l'exercice des « droits naturels » d'autrui regarde le droit privé.

La deuxième est plus intéressante. C'est elle qui pourrait provoquer certaines erreurs dont il importe de se défendre. Sans cesser d'être absente de la vie publique, l'entreprise privée peut entretenir, à certains moments de son existence, quelques relations avec la puissance publique. Sa création peut être irréalisable en droit sans l'aide de l'Administration, tel est, par exemple, le cas des industries dangereuses, insalubres et incommodes (4). Pareillement la législation algérienne a toujours décidé que l'ouverture des débits de boisson resterait subordonnée à la délivrance d'une autorisation ; il ne s'agit pourtant pas là d'une entreprise d'intérêt public! Il y aura même parfois d'assez graves empiétements d'ordre économique : telle la fixation d'un salaire minimum (5), la taxation de certaines denrées alimentaires 6). Les agents au service des entreprises privées seront eux-mêmes l'objet de la sollicitude d'une législation qui procédera par voie d'autorité (7). Les « clients » bénéficieront à leur tour d'une protection plus ou moins étendue (8). Toutes ces mesures n'ont pas pour effet de détruire la discrimination préalablement établie. Elle subsiste, mais elle n'est plus aussi catégorique que l'avait conçue la théorie. Les

(4) Loi du 19 décembre 1917 sur les établissements dangereux, insalubres et incommodes.

(5) Loi du 10 juillet 1915.

(6) Loi des 19-22 juillet 1791.

(7) Il nous faudrait citer toute la législation portant sur l'hygiène, la sécurité des travailleurs et la prévoyance sociale, etc...

(8) Législation sur la répression des fraudes, sur la spéculation illicite, etc.

entreprises privées sont *socialement libres* ; l'Etat ne décide pas leur incorporation à l'œuvre de l'entreprise administrative, car leur but leur confère momentanément l'autonomie, mais il n'abdique rien de ses propres droits de puissance publique. Les entreprises privées sont séparées de la vie publique, mais l'intérêt général dont il appartient à l'Etat d'assurer le respect, lui commande d'user de ses droits généraux de police (9). Qu'on ne confonde pas ce rôle de la puissance publique avec celui qu'elle assume lorsqu'elle délivre une permission de police, à

(9) Il convient d'ailleurs de remarquer que... « ...Les lois de 1791, de l'an III et de 1817, si elles ont proclamé le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, ne l'ont pas proclamé sans restriction. La loi de 1791, art. 7, en même temps qu'elle permet à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, enjoint de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. De telle sorte que celui-là même qui se borne à exercer une industrie chez lui, dans sa propriété, ne jouit pas d'une liberté sans limites... » (Conclusions Gauwain, Conseil d'Etat, 7 décembre 1888. Ponthas, Rec. p. 925.)

« Il n'y a pas très longtemps qu'à Paris le commerce de la boucherie et de la boulangerie sont libres (D.D., 24 février 1858-5. Lois annotées de 1858, p. 20. P. Lois, Décr. etc. de 1858, pages 33 et 22, juin 1863, S. Lois annotées de 1863, p. 86. P. Lois, décr. etc... de 1863, p. 150) ; qui oserait dire qu'il le resterait longtemps? Et ne reverrons-nous pas aussi les brevets des imprimeurs supprimés par le décret du 10 septembre 1870 (S. Lois annotées de 1870, p. 516) ». Note Hauriou S. 1920-3-2. Cpr. Lois des 19-22 juillet 1791 sur la taxe du pain et de la viande et les mesures exceptionnelles prises durant la guerre en matière de ravitaillement et le projet de loi du 16 février 1922 réglant les pouvoirs des Préfets en matière de taxation de certaines denrées alimentaires. Le projet confère aux Préfets les pouvoirs pour prendre des arrêtés fixant: 1° des prix limites pour les farines et les sons vendus dans leur département et provenant de la mouture des blés tendres ; 2° des prix limites pour le pain de consommation courante. Ce projet complète la loi des 19-22 juillet 1791.

l'effet de pourvoir à l'établissement d'une entreprise d'intérêt public. Le chapitre que nous consacrons à la permission de police évitera sans doute cette confusion. L'Etat exerce ses droits de police sur la collectivité tout entière, même théoriquement libre. S'il en est ainsi n'est-ce pas, en fait, parce que « la liberté est le résultat et l'harmonie de tous les éléments de la sociabilité... (10), ...parce qu'elle « est l'ordre organique, l'ordre en action » ? (11).

Le commerce, l'industrie concourent au développement de l'Economie nationale.

Au fond, il n'y a qu'une question de mesure. Il ne faut pas vouloir séparer trop nettement les diverses activités d'un pays.

L'Etat et l'individu ne sont pas deux ennemis ; ils sont appelés à une étroite collaboration. Le développement de l'Economie nationale et l'amplitude de la vie politique ont amené l'Etat à remplir une tâche dont l'importance variera suivant les événements. Il est parfois conduit à l'évocation ou à la création d'un service public, mais le procédé du service public n'est pas d'une adaptation universelle. A côté de lui, il y a place pour d'autres institutions d'intérêt public qui s'en rapprochent par leur but mais s'en éloignent aussi en ce qu'elles n'exigent pas d'être conduites suivant le même procédé autoritaire qui ne sied qu'à des entreprises peu nombreuses.

Il est ainsi toute une catégorie d'entreprises d'in-

(10) E. Lerminier, op. cit. Livre II. Ch. I, p. 114.
(11) *Ibidem.*

térêt public dont l'Etat doit favoriser l'établissement et qui. fonctionnant sous son contrôle, contribueront à lui faciliter sa tâche.

CHAPITRE III

LES ENTREPRISES D'INTERET PUBLIC

SOMMAIRE : Section I. — *Notions générales sur les entreprises d'intérêt public.*
Section II. — *De l'établissement des entreprises d'intérêt public.*

Section I

Notions générales sur les entreprises d'intérêt public

Les considérations très sommaires que nous avons consacrées tant au procédé du service public qu'aux entreprises privées, nous permettent de mieux aborder le développement d'une idée qui nous est déjà familière : à savoir qu'il existe des moyens concurrents du service public administratif. Nous admettons comme un fait acquis que l'Etat moderne, vu l'énormité de sa tâche, doit se ménager une collaboration efficace, se procurer des auxiliaires. Notons ce trait qui, pour d'aucuns, ne laisse pas d'être paradoxal : on répète fréquemment que les masses populaires n'ont plus ni respect, ni souci de l'autorité, or, pourtant, elles ne cessent de demander beaucoup à l'Etat. Si de nos jours nous entendons beaucoup demander à l'Etat, c'est qu'on croit à son « paternalisme » (1), à la vertu de certains attributs surajoutés

(1) G. Jèze. Cours de Science des Finances et de législation financière française, page 60.

par l'évolution de la vie sociale à sa fonction capitale qui est toute d'autorité. Nous avons déjà aperçu cette tendance vers l'Etat économique.

Par ailleurs, nous sommes habitués à considérer les entreprises d'intérêt public comme un type intermédiaire, d'une facture hybride, à la composition de laquelle participent la vie publique et la vie privée suivant une proportion qui n'a rien de mathématique. Cette notion doit être quelque peu précisée. Il convient de se demander, tout d'abord, quels sont les caractères généraux des entreprises d'intérêt public.

Afin d'atteindre plus sûrement le but que nous nous sommes assignés, nous procéderons suivant une méthode strictement anayltique. Nous nous efforcerons de découvrir les éléments d'analyse des entreprises d'intérêt public et nous nous essaierons ensuite à en présenter une vue synthétique. On se souvient que nous avons défini le service public : une entreprise gérée par ou pour le compte de la puissance publique ou de l'un de ses démembrements dans un but d'intérêt général, et fonctionnant suivant des procédés exorbitants du droit commun. Les entreprises d'intérêt public s'identifient par leur but avec les services publics. Ce but peut avoir, comme pour le service public, un caractère social ou économique. Cette distinction n'a d'ailleurs qu'une valeur très relative, car il existe de nombreux points de contact entre le service public social et le service public économique. Cette interpénétration se retrouve chez les entreprises d'intérêt public. Si l'exploitation minière,

dont le caractère économique est nettement accusé est une entreprise d'intérêt public, n'est-ce pas grâce aux suggestions des idées sociales dont le législateur a fini par s'inspirer ? Quoiqu'il en soit, nous ne voulons pas nous départir pour l'instant de la distinction précitée.

L'entreprise d'intérêt public peut être *sociale*. Cette épithète est extensive et visera soit l'amélioration de la vie matérielle et physique, soit l'amélioration de la vie intellectuelle et morale. L'amélioration de la vie matérielle et physique comprendra, par exemple, le développement de l'assistance, l'encouragement à la prévoyance sous toutes ses formes (habitations à bon marché, caisses d'épargne, sociétés de secours mutuels, etc...), la pratique de l'hygiène, etc... L'amélioration de la vie intellectuelle et morale, c'est-à-dire l'enseignement libre, les recherches scientifiques, les cultes (2), etc...

Economique, l'entreprise d'intérêt public n'aura plus un caractère désintéressé, mais se présentera sous la forme d'une entreprise commerciale qui, par son but et ses moyens d'action, débordera de la vie privée et nécessitera le contrôle de la puissance publique.

Quelles sont les particularités des organismes qui président à la vie des dites entreprises ? Les entreprises d'intérêt public sont gérées par des organismes qui n'appartiennent à aucun échelon de la hié-

(2) Le législateur de 1905 a dénié aux cultes le caractère de service public, mais en fait il leur a conféré celui de service d'intérêt public. (Voir Hauriou, op. sit., p. 524 et s.)

rarchie administrative. Encore faut-il remarquer que par organismes il faut comprendre les agents d'exécution et les agents qui coopèrent à la direction : agents d'autorité. Nous nous trouvons, en principe, sur le terrain de la liberté. L'entreprise d'intérêt public est une auxiliaire : c'est un membre de la vie privée qui prête son concours à l'œuvre administrative sans rentrer dans les cadres de cette dernière.

Toutefois, il peut arriver que la puissance publique se réserve le droit d'agréer certains préposés aux postes supérieurs. Malgré cette tutelle — susceptible de nuances très variées — l'organisme de direction ne doit jamais cesser d'appartenir au droit privé (3). Il en est de même des agents subalternes : agents d'exécution.

(3) C'est ainsi que le Conseil d'Etat a décidé à propos de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir, que les décisions des Conseils d'Administration des Caisses d'Epargne ne sont pas de nature administrative (Conseil d'Etat, 28 juin 1912, Coutton. Rec., p. 739) et qu'ainsi, elles ne peuvent lui être déférées.

L'Etat a tendance, depuis quelque temps, à exercer un contrôle plus actif sur les agents qui coopèrent au fonctionnement des entreprises d'intérêt public. Il se réserve fréquemment le droit de nommer les membres des Conseils d'Administration. Dans la Société pour l'aménagment du Rhône, l'Etat (qui, d'ailleurs, n'est pas actionnaire), désignera les 2/5 des membres du Conseil d'Administration et choisira le Président parmi ses représentants. Ce sont des principes analogues qui figurent dans les projets relatifs à l'exploitation des procédés Haber pour la fabrication de l'ammoniaque synthétique, et à l'affermage du réseau de l'Etat, ainsi que dans la loi du 29 juillet 1921 sur la constitution de la Société contractuelle des Messageries Maritimes. On a critiqué ces désignations comme contraires à la loi de 1867 qui stipule que les membres des Conseils d'Administration doivent être pris parmi les actionnaires.

M. Truchy estime qu'il faut faire de graves réserves au

La puissance publique stipule parfois à l'égard des agents des services publics concédés des éléments importants de leur statut et d'autre part, elle va pui-

sujet de l'Etat administrateur. « L'Etat nommera des Administrateurs, il les révoquera au besoin, mais les actionnaires ne pourront, eux, les révoquer ; voilà qui porte atteinte à un principe fondamental en matière de société par actions, à savoir que les administrateurs sont révocables *ad nutum*. Autre point : un administrateur ne doit s'occuper que de l'intérêt pécuniaire des actionnaires, l'Etat, lui, représentera des intérêts généraux et l'administrateur-Etat devra infailliblement se conformer aux directions du département ministériel dont il dépend. Autre point : les administrateurs sont responsables de leurs fautes de gestion individuellement et parfois solidairement. Or, la responsabilité de l'Etat n'est pas celle du droit commun. Le recours en indemnité contre l'Etat est moins un recours contentieux qu'un recours gracieux qui ne peut être exercé que devant la juridiction administrative. Que deviendra ensuite la responsabilité édictée par la loi de 1867 ? Deux conclusions s'imposent : si la législation vient donner à l'Etat un rôle d'administrateur dans les sociétés, il y a une mise au point à faire. Elle n'est pas faite. Ensuite la conception juridique de l'Etat administrateur ne peut guère entrer dans le cadre juridique des sociétés, ne serait-ce que parce que l'Etat administrateur ne peut avoir des vues en quelque sorte rivées à l'intérêt privé des associés. Ce que l'on peut comprendre, dans certains cas où l'intérêt de l'Etat est en jeu au sein d'une entreprise par actions, c'est que l'Etat soit représenté par un commissaire *ad hoc*, avec ou sans droit de veto... » Société d'Economie politique, Compte rendu de la Séance du 5 mars 1923.

Ne pourrait-on pas s'inspirer sous une forme atténuée — puisqu'il s'agit d'entreprises d'intérêt public et non de services publics — des principes qui régissent l'organisation du contrôle des chemins de fer au Comité de Direction et au Conseil Supérieur, telle qu'elle résulte des Conventions de 1921 ? Il y a, en effet, une certaine anomalie à laisser l'Etat administrer en partie des entreprises d'intérêt public, alors que les Compagnies de Chemins de fer nomment librement et sans restriction aucune leurs Directeurs et Administrateurs.

Nous insistons sur la nécessité du contrôle, car les Pouvoirs Publics doivent sortir de leur neutralité en présence de manifestations de l'activité nationale comme l'utilisation de l'énergie hydraulique, mais nous doutons de son « efficacité économique » s'il est converti en une ingérence aussi grave.

ser dans ses droits de police la raison de la protection qu'elle accorde même aux agents des entreprises privées. A première vue, nous pourrions dire que la situation des agents qui coopèrent au fonctionnement des entreprises d'intérêt public se rapproche plutôt de celle qui est réservée aux agents des services publics concédés. C'est qu'en effet, nous notons une protection qui ne laisse pas d'être impérative. La législation protectrice des ouvriers mineurs et spécialement de ceux qui travaillent à l'abattage du combustible mériterait assez d'être comparée aux dispositions législatives édictées en faveur des cheminots. Toutefois, il nous paraît qu'il y a davantage un cas d'espèce et nous ne songeons pas à énoncer une règle générale. Ce que nous pouvons affirmer c'est que l'Etat est mieux placé pour édicter certaines prescriptions — légitimes — à l'égard des agents des entreprises d'intérêt public et spécialement des entreprises d'intérêt public à caractère économique dont l'établissement présuppose le plus souvent l'obtention d'une autorisation administrative. On peut dire que les agents des entreprises concessionnaires tendent déjà vers le fonctionnarisme ; ce sont des fonctionnaires de second plan devant être régis par un statut particulier bien adapté aux exigences du service public concédé dont ils assurent le fonctionnement. Les agents des entreprises d'intérêt public occupent une situation immédiatement inférieure ; ils doivent normalement bénéficier d'un statut moins tutélaire. S'il n'y a pas un abîme entre le procédé du service public et celui de l'entreprise privée, il n'y a

pas non plus un abîme entre le fonctionnaire *stricto sensu* et l'individu qui travaille pour le compte d'un organisme privé ; on va de l'un à l'autre en passant par des stades intermédiaires (4).

En résumé, les divers organismes qui pourvoient à la bonne marche des entreprises d'intérêt public ne doivent pas appartenir aux cadres administratifs proprement dits. Nous ne pouvons toutefois nous dispenser de formuler une dernière remarque. Il se peut qu'une personne morale de droit public ait acquis la charge d'une entreprise d'intérêt public. La loi de 1919, qui a si profondément remanié notre régime minier, a accordé d'une façon formelle à l'Etat le droit d'exploiter lui-même un gisement ; elle a même étendu ce droit aux communes et aux départements. C'est une subtilité de plus à l'actif de notre droit public qui connaît déjà le principe de la « co-administration » (5). Cette interposition de personnes morales de droit public ne change en rien le caractère des entreprises d'intérêt public.

(4) Tout ceci confirme qu'il ne faut jamais s'attacher en droit public à des formules rigides. Cette observation se rapporte même au Droit entendu *lato sensu*. Ainsi, il serait faux de prétendre à l'absence de points de contact entre la situation contractuelle du droit civil et la situation légale, réglementaire, statutaire propre au droit public. Nous rencontrons en droit privé des solutions médianes et nous n'en voulons pour exemple que le contrat d'adhésion.

(5) Cpr. M. Hauriou, op. cit., p. 30 et 342. Nous pouvons mentionner aussi le projet d'aménagement de la Haute Dordogne. L'affaire sera administrée et contrôlée par les Chambres de Commerce de la XVIII[e] Région Economique. On sait qu'aux termes de l'article 14 de la loi du 9 avril 1898, les Chambres de Commerce peuvent gérer un certain nombre de services : ports, docks, entrepôts, conditions textiles. Ces services ont

Etrangères à l'Administration, les entreprises d'intérêt public ne possèdent pas, en principe, les droits de puissance publique qui sont les prérogatives de l'Etat ou de ses démembrements : colonies, départements, communes, établissements publics (6).

Les rapports qu'elles entretiennent avec les usagers sont d'ordre privé et ceci dans toutes les hypothèses ce qui les différencie des services publics concédés (7).

Si nous nous référons maintenant aux observations précédentes, il nous paraît que l'entreprise d'in-

le caractère de services publics (Cpr. Conseil d'Etat, Chambre de Commerce de Paris, 24 juin 1908) que n'auront pas les entreprises touchant à l'aménagement de la Haute Dordogne. En fait, on se trouvera en présence d'entreprises d'intérêt public. Ce projet d'aménagement de la Haute Dordogne a été critiqué (*Journée Industrielle*, 21 décembre 1922, 23 et 27 décembre 1922). On a fait remarquer que les Chambres de Commerce sortiraient de leur spécialité.

Mais la spécialité des Etablissements publics n'est qu'un principe jurisprudentiel qui subit de nombreuses vicissitudes (Cpr. en matière de dons et legs... etc...). En tout cas, il ne faut pas méconnaître qu'il existe un grand nombre d'entreprises qui, en raison de leur but, doivent être soumises à un contrôle sévère de la part de la puissance publique ou de ses démembrements.

(6) Cpr. Les distinctions entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique dans : M. Hauriou, op. cit., p. 303 et s. G. Jèze. Principes généraux du Droit Administratif, p. 263 et 359.

A noter, dès maintenant, l'exception classique en faveur des chemins de fer miniers situés en dehors du périmètre de la mine ou à l'intérieur du périmètre lorsqu'il y a modification du relief du sol. Dans ces deux hypothèses, un décret en Conseil d'Etat peut leur concéder le bénéfice de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

(7) Conflits, 31 mai 1913, Riby. Rec. p. 606.

térêt public est, par son but, un procédé concurrent du service public, situé en marge de la vie administrative.

Section II

De l'établissement des entreprises d'intérêt public

Les entreprises d'intérêt public ont un caractère *social* ou *économique*. Cette classification n'a pas une valeur absolue, mais elle nous sera utile dans l'étude du problème qui a trait à l'organisation des entreprises d'intérêt public.

Comment se créent les entreprises d'intérêt public ? On pourrait être porté à croire que leur création est relativement simple puisqu'elles ne sont que les auxiliaires de l'entreprise administrative. Le problème est plus complexe. Nous nous servirons d'un moyen de recherche dont nous avons déjà fait usage. Nous analyserons en premier lieu les situations juridiques préexistantes à l'établissement des entreprises d'intérêt public.

L'examen des situations juridiques préexistantes est particulièrement délicat. Dès les premières recherches, il paraît assez malaisé de vouloir s'en tenir à un point de vue synthétique ; on serait presque tenté de procéder par voie d'énumération. Tel n'est pourtant pas notre but et, en dépit des résultats médiocres auxquels nous sommes d'ores et déjà voués, nous préférons nous écarter d'un point de vue trop

positif. Il nous paraît — et l'aide fournie par les précédents chapitres n'en sera que plus manifeste — que deux observations importantes doivent être présentées.

Il est certaines entreprises qui, postérieurement à leur création, seront *consacrées* entreprises d'intérêt public, alors pourtant que leur but leur conférait déjà virtuellement cette qualité. Il est facile de concevoir des entreprises capables de vivre sans avoir besoin d'aucun adjuvant administratif. Il est, par contre, des entreprises qui ne peuvent à aucun moment se placer sur le terrain de la liberté et dont la réalisation se heurte soit à une incapacité physique, soit à une incapacité juridique, soit même à toutes les deux à la fois.

En principe, les entreprises dont le caractère *social* est prédominant naîtront plus facilement que les entreprises économiques. Au contraire, une exploitation minière est subordonnée à l'octroi d'une autorisation. L'utilisation de l'énergie hydraulique et l'outillage des ports fluviaux ou maritimes nécessitent l'aide administrative. Dans ces diverses hypothèses, l'initiative privée se heurte à sa propre incapacité, elle est contrainte de dépasser la mesure des droits qui appartiennent à chacun. Mais, ne nous objectera-t-on pas qu'une entreprise à caractère social et qui est reconnue d'utilité publique, dépasse, elle aussi, ses simples facultés ? Certes, c'est l'évidence même, mais nous répétons que ce qui caractérise ces entreprises sociales et ce qui les oppose à celles dont le caractère économique est prédominant,

c'est que ces dernières sont souvent créées de toutes pièces à la suite d'une intervention administrative. Les entreprises à caractère social peuvent vivre par elles-mêmes et l'intervention administrative, quand elle se produit, n'a d'autre but que d'accentuer leur fonction d'intérêt public. Une association pouvait vivre — grâce au droit général d'association — antérieurement à la reconnaissance d'utilité publique dont l'Administration l'a fait bénéficier.

Quels sont les moyens utilisés en vue de la *consécration* ou de la *création* des dites entreprises ?

Le plus souvent l'administration crée de toutes pièces l'entreprise économique.

A l'inverse, l'entreprise sociale admet une hiérarchie de moyens qui, généralement, n'auront d'autre effet que de la consacrer. C'est par exemple : la reconnaissance d'utilité publique, l'approbation des statuts (8), voire l'appel pur et simple à l'initiative privée, la subvention (9). Il se confirme donc qu'il existe dans le « catalogue social » des en-

(8) Sociétés de secours mutuels, comices agricoles, etc...

(9) Il va sans dire que la classification des moyens utilisés en vue de la *consécration* et de la *création* des entreprises d'intérêt public n'a rien d'absolu et que les moyens sont interchangeables. Jusqu'à une époque assez récente, la subvention ne s'adressait guère qu'aux entreprises sociales à caractère désintéressé. Actuellement, le procédé se développe davantage et devient un fréquent moyen de liaison entre la vie publique et la vie privée. On lui connaissait déjà quelques modalités : affectation d'un immeuble à titre gratuit, location à loyer infime (G. Jèze. Principes généraux de Droit administratif, 1914, p. 270, 275 et s., 282 et s.).

Depuis qu'il s'est étendu aux entreprises d'intérêt public offrant un caractère économique, il s'est compliqué. On le retrouve encore parfois sous sa forme primitive (Primes à la

treprises susceptibles de pourvoir au bien public grâce à leurs propres forces.

Ces moyens utilisés soit en vue de la création ou de la consécration des entreprises d'intérêt public ne sont que l'application de deux idées que les circonstances appelleront parfois à se compléter. Il y a l'appui moral et la subvention dont on a pu dire

marine marchande ; projet de loi relatif au développement de la fabrication du carbonate de soude et de la soude caustique), mais il emprunte volontiers une forme plus subtile. La puissance publique souscrit une partie du capital actions (projet de loi relatif à la création d'une station marémotrice d'essais à l'Aber-Vrac dans le Finistère ; projet de loi tendant à l'exploitation des procédés Haber pour la fabrication de l'ammoniaque synthétique) ; il arrive encore qu'elle offre sa garantie aux emprunts obligataires (projets de loi sur la station marémotrice d'essais, la fabrication de l'ammoniaque synthétique, l'aménagement de la Haute-Dordogne et loi du 27 mai 1921 sur l'aménagement du Rhône. Par ailleurs, on tend à déterminer très strictement les catégories de souscripteurs et les parts du capital social à réserver à chacune de ces catégories : dans l'aménagement du Rhône, on prévoit la participation des collectivités de la Région Parisienne, du P.-L.-M., etc. ; dans l'aménagement de la Haute-Dordogne, celui des Chambres de Commerce, dans le projet relatif à l'amodiation des mines de potasse, les souscriptions publiques ne doivent être admises que pour le montant des actions non souscrites par les Groupements agricoles, les départements, les communes d'Alsace-Lorraine ; et ce sont des principes analogues que l'on retrouve dans le projet d'exploitation des procédés Haber et dans celui relatif à l'affermage du Réseau d'Etat. Nous citerons, enfin, la loi du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique, et celle du 28 juillet 1921 sur les services postaux d'Extrême-Orient.

Pour M. Truchy, « il y a peu à dire sur le rôle de l'Etat actionnaire mais l'argument a sa valeur : il y a dans l'action chance de gain et risque de perte ; on peut se demander s'il y a, dans l'opération non exempte de péril financier, une normale destination des ressources fournies par l'impôt ». Extrait du compte rendu de la Séance du 5 mars 1923 de la Société d'Economie politique.

Les subventions municipales tendant à conférer à certaines

qu'elle réalisait le « pont » entre la vie publique et la vie privée (10). L'aide pécuniaire elle-même sera directe avec la subvention et indirecte lorsqu'elle résultera d'une simple extension de la capacité juridique d'une entreprise déterminée (11).

En résumé, nous pouvons ranger les entreprises d'intérêt public dans deux groupes, suivant leur caractère *social* ou *économique*, suivant qu'elles sont *consacrées* ou *créées*. Lorsqu'il y a création proprement dite, cette création est motivée par une incapacité première dont nous allons étudier deux causes principales.

industries privées un caractère d'intérêt public ne paraissent devoir être admises, suivant le critérium déjà rencontré (note 17, Ch I) qu'à titre exceptionnel et « pour satisfaire des besoins essentiels, au cas de défaillance ou d'insuffisance manifeste de l'industrie privée ». Cf. Conseil d'Etat, 29 mars 1901. Casanova S. 1901-3-73 ; 9 juillet 1909, commune de Septêmes ; 26 janvier 1901, Boulangers de Poitiers, S. 1901-3-41, note Hauriou.

(10) M. Hauriou, op. cit., p. 329.

(11) Il est certaines entreprises qui ne jouissent que d'un appui assez inopérant. Sans vouloir nous porter sur le terrain politique, force nous est de constater que l'enseignement libre — à coup sûr une entreprise d'intérêt public — fonctionnerait d'une manière plus satisfaisante si son statut était établi suivant une conception se rapprochant assez du type hiérarchisé dont bénéficient les sociétés de secours mutuels. L'enseignement libre — et l'exemple n'est pas unique — n'a pour ainsi dire pas encore été *consacré*. Il serait d'ailleurs injuste de feindre d'ignorer les progrès apportés au statut de l'enseignement libre professionnel. Au reste, ces progrès sont peu méritoires ; ils sont voulus par le fond même de cet enseignement, qui ne se prête guère aux classiques controverses de l'enseignement libre ordinaire et dont le dix-neuvième siècle a triomphé d'une manière imparfaite.

L'entreprise se propose l'utilisation du domaine public ou l'exploitation d'une richesse collective dont la puissance publique ne saurait se désintéresser. L'utilisation du domaine public nécessitera, suivant les espèces, l'obtention d'une permission de voirie ou d'une permission de police. S'il s'agit d'une richesse collective, l'Administration accordera une autorisation ayant pour but d'en permettre l'exploitation. La terminologie usitée pour désigner la nature de l'intervention administrative importe peu. Dans un cas comme dans l'autre, il faut se procurer le concours de la puissance publique.

CHAPITRE IV

LE PROCEDE DE LA PERMISSION

Avant d'analyser chacune de ses modalités, nous porterons, en premier lieu, une vue d'ensemble sur le procédé de la permission. Certes, il existe des différences marquées entre chacune de ses applications pratiques. Ces différences apparaîtront dans la suite; déjà on les a pressenties, et sans vouloir empiéter d'une manière inopportune sur les développements que nous serons amenés à présenter, il est bon de faire, au préalable, abstraction des diverses modalités pratiques de la permission, car quelles qu'elles soient, elles ne cessent d'être inspirées par des principes communs.

La permission : c'est l'autorisation donnée par la puissance publique ou l'un de ses démembrements de faire ce qui normalement est prohibé. Ceci paraît bien une banalité, et à première vue ce n'est que cela. Néanmoins cette proposition d'apparence si simple est propre à faciliter certaines remarques qui ne manquent pas d'intérêt.

L'autorisation de faire ce qui normalement est prohibé implique donc une situation privilégiée ; or, une situation privilégiée, par référence aux principes du droit public, appelle nécessairement une contre-partie. L'autorisation une fois obtenue procure un supplément de capacité, un prolongement des

droits de l'entreprise bénéficiaire (1). On conçoit, dès lors, que cette part supplémentaire de droits soit soumise à une sérieuse réglementation. L'action de l'entreprise sera d'autant plus justement réglementée que celle-ci dépassera davantage l'exercice des droits qui lui appartiennent normalement. Son action entière peut même être réglementée, sans qu'on tienne particulièrement compte des droits dont elle a normalement le libre usage et de ceux dont la permission lui a octroyé l'exercice. Dans ce cas, il y aura confusion et c'est toute la marche de l'entreprise qui sera placée sous un contrôle variable suivant les espèces. Cette confusion est due à plusieurs causes : ou bien le départ entre les deux situations juridiques : la situation de droit commun et la situation exceptionnelle conférée par la permission est impossible à faire, ou bien encore le caractère de l'entreprise exige naturellement cette confusion. Ce sont là des suggestions d'ordre théorique et il nous sera bientôt donné d'apercevoir qu'elles ont parfois été méconnues.

L'autorisation est donnée par la puissance publique. Celle-ci devra uniquement s'inspirer de l'intérêt général et refuser la satisfaction d'intérêts particularistes. L'intérêt général appelle le respect de la règle de droit. Par ailleurs, envisagé au regard du droit public, l'intérêt général est une notion relative dans le temps et dans l'espace.

Dans l'espace, et ceci apparaîtra d'autant mieux que l'autorisation sera donnée par les agents de

(1) Cf. A. Mestre. La révocation des permissions de voirie. Extrait de la revue des Concessions. N° 1, 1923.

l'Etat, de la colonie, du département ou de la commune (2). Il est certain que chacun d'eux ne se placera pas au même point de vue. Il leur appartient d'obéir à des suggestions variées commandées par le rôle que les collectivités qu'ils administrent ont chacune à jouer. Envisagée sous cet aspect, la permission est un instrument de décentralisation.

Dans le temps, car la puissance publique aura à s'inspirer de l'influence de la civilisation et partant des progrès économiques et des idées sociales, voire de l'existence d'un état de paix ou de guerre.

Toutes ces causes auront des répercussions plus ou moins profondes.

Les soubresauts de la vie administrative doivent théoriquement impressionner plus rapidement les

(2) « L'agent de l'autorité qui délivre une permission de voirie commet un acte de puissance publique. Dans ces conditions, il ne saurait engager par cet acte d'autre responsabilité que la sienne propre, soit comme fonctionnaire, soit comme personne privée. La collectivité dont il dirige en même temps l'intérêt (Etat, département ou commune) suivant qu'il s'agit d'un Ministre, d'un Préfet ou d'un Maire, ne saurait être déclarée responsable d'un acte accompli uniquement en vertu des pouvoirs de police de l'agent indépendants de sa fonction administrative ». Remaury. Canalisations d'éclairage, p. 19. Ce que dit M. Remaury des permissions de voirie s'applique à toutes les permissions : de police ou de voirie. Toutefois, nous n'adoptons pas entièrement sa manière de voir et il ne nous paraît pas que la collectivité dont l'agent dirige l'intérêt soit toujours exonérée. Il faut se référer à la distinction établie par la jurisprudence entre la faute de service et la faute personnelle (Conflits, 26 juillet 1873, Pelletier). En cas de faute de service — et elle n'est pas impossible à imaginer — on aboutit bien, en effet, à la responsabilité de la personne morale du service public. A noter qu'il peut y avoir cumul des fautes (Conseil d'État, 3 février 1911, Anguet. Rec. p. 146 ; 26 juillet 1918, Lemonnier, conclusions Blum, Rec. p. 772.

entreprises d'intérêt public établies grâce au procédé de la permission. Voilà qui paraît paradoxal et qui, pourtant, ne laisse pas d'être exact. Envisageons un service public, sa création a pu, sous la pression des circonstances, s'imposer comme une nécessité ; puis, dans la suite, ces circonstances ont pu disparaître ou se modifier profondément. Il se peut aussi que l'on ait seulement voulu prévenir un futur désir de la nation et qu'on s'aperçoive plus tard de l'inopportunité de cette création. Ainsi, par suite d'une réalisation prématurée, ce service embarrassera la vie administrative alors qu'il y aurait eu avantage à lui faire subir le « stage » d'entreprise d'intérêt public. Nous nous trouvons en face d'une situation qui n'est plus ou qui n'a jamais été conforme aux vœux des administrés. Mais s'imagine-t-on, qu'en l'occurence, les réformes seront aisées à pratiquer ? Les difficultés rencontrées seront presque insurmontables, surtout s'il s'agit de la suppression d'une régie. La difficulté sera encore considérable, lorsque sans ambitionner la suppression d'un service, on cherchera à transformer un service concédé. Le rachat n'est qu'une arme bien illusoire si les événements le rendent financièrement impraticable.

A l'inverse des services publics, les entreprises d'intérêt public doivent être plus vivement et plus facilement impressionnées dans le temps et dans l'espace par les vicissitudes de la vie sociale et économique. Leur forme est plus mouvante. Quelles peuvent être les causes de cette mobilité ? Elles sont diverses : d'une part les entreprises d'intérêt public ne sont pas

incorporées à l'institution administrative et d'autre part la puissance publique doit jouir d'une grande liberté d'action puisque l'autorisation ressort de son pouvoir propre. La puissance publique est à même de mieux dicter sa volonté toujours circonstanciée. Mais n'en est-il pas de même avec le procédé du service public en régie qui est à base unilatérale ? Nous ne le pensons pas, car un service public en régie, encore qu'il procède d'une situation juridique unilatérale, est toujours sous l'autorité ou, plus exactement, sous le contrôle des corps délibérants, ce qui ne fait qu'accentuer sa dépendance. La permission est au premier chef un acte administratif. Par définition, un acte administratif comporte dans le fond même de la décision à prendre l'exercice d'un pouvoir de grande indépendance. Il est, sans doute, quelques types de conditionnement de permissions qui sont l'œuvre du législateur, mais il faut reconnaître que celui-ci se contente souvent d'entériner la pratique administrative. Au reste, son intervention est plutôt rare.

Dans les chapitres suivants, nous constaterons que la permission, en raison de l'évolution qu'elle a subie ressemble parfois à un contrat (3). Cette ressemblance est trompeuse. La pratique administrative et le législateur ont compliqué la permission et tendent apparemment à l'orienter vers la voie contractuelle. En réalité, il est toujours facile de détacher de la situation contractuelle un acte soutien uni-

(3) A. Mestre. Op. cit., p. 18 et note sous Dijon, 17 mars 1913. S. 1917-2-105.

latéral. Dans sa conception primitive, la permission n'était qu'un acte unilatéral (4). Une évolution récente lui a adjoint des stipulations contractuelles, mais l'acte d'autorisation subsiste sous son aspect primitif (5).

La permission crée d'abord, par une manifestation unilatérale, une situation juridique individuelle au profit du permissionnaire. Par certains

(4) Cp. H. Berthélemy. Traité Elémentaire de Droit Administratif, 1916. p. 434.

(5) « Le procédé unilatéral, qui consiste à créer d'autorité une situation juridique, gagne du terrain sur le procédé bilatéral qui repose sur le consentement supposé libre de deux volontés. » Semaine sociale de Strasbourg (1922), Cours de M. Eugène Duthoit. Journal « La Croix » du 1er août 1922. Le « droit statutaire » tend à devancer le droit purement « contractuel ». Le Code civil ne mentionne pas l'acte unilatéral parmi les sources des obligations, or c'est là une erreur. Le droit civil connaît lui aussi des actes juridiques unilatéraux. Le testament, la renonciation ou l'acceptation des successions ne sont pas des actes contractuels. La controverse gravite autour de la question de savoir si, en dehors des cas prévus, il y a lieu d'admettre d'une manière générale la validité de l'acte unilatéral. Pour beaucoup, il faut répondre par la négative (M. Planiol). Pour résoudre le problème, il convient de se placer au point de l'utilité sociale. Il apparaît, alors, qu'il est socialement utile qu'une personne soit parfois engagée du fait de l'émission de sa propre volonté. En droit privé, il est déjà un certain nombre d'hypothèses qui prévoient cet engagement : stipulation pour autrui, promesse de récompense, offre de contracter, etc...

(6) « Relèvent du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations imposées aux citoyens par voie d'autorité sans lien contractuel ». Conseil d'Etat, 2 juin 1911, de Pressensé. Rec. p. 665. 28 décembre 1917, Compagnie du Gaz de Lyon et Société Lyonnaise des forces motrices du Rhône. Rec. p. 870 ; 31 janvier 1908. Dame de la Romagère. Rec. p. 100.

Cette répartition de compétence se trouve modifiée en temps de guerre (Conseil d'Etat 14 mai 1920. Syndicats Patronaux de la Boulangerie de Paris et de la Seine. 9 juillet 1920, Société du Centre électrique).

côtés, elle est aussi ce que M. Jèze appelle un acte condition en ce sens qu'elle investit le permissionnaire d'une situation impersonnelle. La puissance publique agit en vertu de son pouvoir propre et sa volonté est maîtresse. Mais l'Administration ne pourra pas empiéter, sans commettre un excès de pouvoir sur les attributions du pouvoir législatif. Ce n'est pas sans raison que les Constituants de 1789 ont proclamé la règle de la supériorité de la loi. Le pouvoir propre de l'Administration n'est pas illimité ; bien qu'ayant pour lui l'ancienneté d'âge il est hiérarchiquement inférieur au pouvoir législatif et il lui faut respecter des frontières d'ailleurs bien imprécises (6). Néanmoins, l'Administration n'est pas vouée à une action timide ; elle possède suffisamment de « pouvoir capitalisé » pour évoluer à son aise sur un terrain assez large. Il lui faut veiller au progrès constant du droit dont elle assure la mise en œuvre. Elle a généralement suffi à sa tâche, encore qu'elle ait parfois méconnu ou mal appliqué les principes que nous avons essayé de dégager.

Ayant envisagé le procédé de la permission à un point de vue théorique, il nous faut maintenant examiner ses divers cas d'application.

CHAPITRE V

LA PERMISSION DE VOIRIE

SOMMAIRE : Section I. — *Notions générales sur la permission de voirie terrestre.*
Section II. — *La permission de voirie et les distributions d'énergie électrique.*
Section III. — *La permission de voirie et l'outillage des ports.*
Section IV. — *La permission de voirie fluviale.*
Section V. — *Conclusion.*

Le droit administratif utilise la permission de voirie et la permission de police en vue de l'établissement des entreprises d'intérêt public. Nous débuterons par l'étude de la permission de voirie en nous attachant à saisir les traits caractéristiques d'une évolution des plus curieuses.

Nous tenons à faire observer que nous ne voulons pas reproduire un exposé minutieux de toutes les règles administratives concernant la permission de voirie ; nous retiendrons seulement celles d'entre elles qui seront susceptibles de faciliter l'intelligence de notre étude.

Section I

Notions générales sur la permission de voirie terrestre (1)

Une question préjudicielle se pose : quels sont les droits des diverses collectivités administratives

(1) *Bibliographie.* A. Mestre. La révocation des permissions de voirie. Extrait de la *Revue des Concessions*, n° 1. 1923. Paris Rousseau.

sur le domaine public ? N'ont-elles qu'un droit de garde, de police ou de surintendance ? Sont-elles, au contraire, propriétaires du domaine public ? On part d'une conception commune l'inaliénabilité du domaine public et la controverse se porte sur la question de savoir si cette inaliénabilité s'analyse en une indisponibilité réelle ou en une incapacité. Toutes proportions gardées, cette controverse se compare assez à celle qu'a suscitée la nature des biens dotaux. Une partie importante de la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'Etat (2) reconnaissent le droit de « propriété administrative » (3) de l'Etat, des colonies, des départements, des communes et des établissements publics.

Le domaine public, quel qu'en soit le détenteur, est toujours affecté à l'utilité sociale. L'utilité sociale est une notion assez vague. En fait, il paraît peu rationnel de vouloir lui assigner une valeur constante. L'affectation à l'utilité sociale confère à l'administration propriétaire des devoirs qui rentrent dans la fonction de « gérant d'affaires » qu'elle assume vis-à-vis du public. Il se peut qu'elle se serve de son domaine public pour pourvoir à la création de services publics proprement dits ; il se peut, aussi, qu'elle se contente de conférer certains droits à des entreprises qui vivent en marge de la vie administrative.

(2) Conseil d'Etat, 16 juillet 1909. Ville de Paris. Conclusions Teissier. Rec., p. 707.

(3) M. Hauriou, op. cit., p. 614 et s.

L'utilisation du domaine public comporte d'une part les utilisations individuelles et d'autre part les occupations temporaires. Alors que les utilisations individuelles constituent en principe un droit, les occupations temporaires ne sont théoriquement qu'une faveur (4). Le Conseil d'Etat a précisé dans un avis du 30 novembre 1882, que les occupations temporaires se caractérisaient par une emprise et une modification de l'assiette du domaine. Les permissions de voirie et les concessions sont des occupations temporaires (5).

Selon le principe initial, la permission est réservée à une entreprise non érigée en service public, ce qui permet de faire la discrimination entre la permission et la concession, car dans un cas comme dans l'autre la nature du droit réel administratif est identique.

Une évolution récente s'emploie à atténuer la rigueur de cette discrimination.

(4) A défaut d'autorisation, le contrevenant sera poursuivi notamment pour infraction à l'Edit de décembre 1607 « Comme aussi nous défendons à tous nos dicts sujets de ladite vile, fauxbourgs, prévosté et vicomté de Paris, et autres villes de ce royaume, faire aucun édifice, pan de mur, jambes, estriers, encoignures, caves ny vaval, forme ronde en saillie, sièges. barrières, contre-fenestre, huis de caves, bornes, pas, marches, sièges, montoirs à cheval, auvente, enseignes establies, cages de menuiserie, chassis à verre et autres avances sur ladicte voyerie, sans le congé et alignement de nostredict grand voyer ou desdits commis » (Voir D. 1890-1-403).
Cf. Hauriou. Dr. adm., 10e édit., p. 693, note 1.

(5) A noter le caractère réel et non personnel des permissions de voirie (Conseil d'Etat, 11 février 1887. Brunel. Conclusions Marguerie. Rec., p. 149).

La conception traditionnelle de la permission n'est d'ailleurs pas, pour cela, entièrement démodée. La réalité est plus complexe.

Afin de bien saisir les stades de l'évolution et la portée des réformes qu'elle a engendrées, il est nécessaire de rappeler la conception primitive de la permission.

La permission s'oppose nettement à la concession de service public, « jamais une permission de voirie ne peut être octroyée pour permettre une exploitation au regard du public (6) ». « Lorsqu'un particulier demande à établir sur une voie publique quelle qu'elle soit, de grande ou de petite voirie, des ouvrages permanents destinés à un ouvrage collectif pour faire commerce de leur exploitation, l'autorité compétente n'a plus seulement à examiner la question de savoir si l'existence des ouvrages est compatible avec l'utilisation du domaine public ; elle doit examiner, en outre, si l'installation demandée n'est pas de nature à créer à son auteur une situation privilégiée en laissant le public sans garanties contre ses exigences. Dans l'affirmative, elle doit prendre des précautions nécessaires pour que les avantages offerts par l'exploitation dont il s'agit soient assurés aussi largement que possible à tous ceux qui seraient en situation d'en profiter. Il ne suffit plus dès lors d'une simple permission de voirie qui ne pourrait régler que les conditions de l'occupation du domaine public, abstraction faite de l'exploitation

(6) H. Berthélemy, op. cit., p. 434.

des ouvrages autorisés. L'autorisation doit être donnée par un acte de concession qui réglemente cette exploitation et en fixe le tarif minimum » (7).

Les permissions de voirie comprennent tous les travaux qui se rattachent à une occupation superficielle, aérienne ou souterraine du domaine public (8). On n'avait pas songé dans la conception primitive à leur fixer une limitation de durée. Aussi bien, pensait-on, cette limitation ne serait pas utile,

(7) Circulaire du 15 août 1893 (Ministre de l'Intérieur). Elle est un épisode de la lutte entre les Compagnies gazières et les Compagnies d'électricité ; sur cette dernière question, Cf. Remaury, op. cit. Elle avait été précédée par un avis du Conseil d'Etat du 27 juin 1893 et deux autres circulaires du 22 juin 1882 et du 18 octobre 1889. Nous avons tenu à rappeler les termes de la circulaire du 15 août 1893, car elle fait un départ très net entre la concession et la permission de voirie.

(8) L'Administration jouit, dans la conception primitive, d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder ou refuser les permissions. Conseil d'Etat, 25 janvier 1884. D. 1885-3-86 ; 3 juin 1892. D. 1893-3-69. Le demandeur évincé ne peut intenter aucun recours possible. Toutefois, il y a lieu de faire application de l'article 98 de la loi du 5 avril 1884, aux termes duquel les permissions sur les voies qui sont placées dans les attributions du Maire peuvent, en cas de refus, non justifié par l'intérêt général, être accordées par le Préfet. (Conseil d'Etat, 12 février 1886, Rec. p. 130 ; D. 1887-3-75.) L'article 98 ne mentionne pas que les permissions pour les canalisations d'eau et de gaz, mais il a toujours été admis, tant par la doctrine que par la jurisprudence que cette énumération était énonciative et qu'elle pouvait comprendre toutes autres canalisations. (Conseil dEtat, 31 janvier 1890, commune de Pétosse. Rec., p. 92.)

Le recours pour excès de pouvoir n'était pas admis contre le refus de délivrance d'une permission, mais il semble qu'il eut été recevable dans le cas de violation des formes ou d'incompétence.

A noter qu'une loi du 31 mars 1923 a introduit une simplification dans la procédure de délivrance des permissions de voirie.

car les permissions octroyées sont essentiellement précaires et révocables. Les permissions doivent donc pouvoir être retirées sans qu'il soit porté atteinte à des droits acquis (9). La situation des permissionnaires risque d'être très incertaine, mais qu'importe puisqu'ils ne doivent pas gérer un service d'intérêt général.

Tels étaient les principes...

Dans la réalité, les choses se passèrent autrement : la longue lutte entreprise par la juridiction administrative pour soumettre, grâce à la théorie du détournement de pouvoir, l'administration active au respect de la légalité et de la « moralité », provoqua un résultat assez inattendu. On posa la règle suivante, à savoir qu'une permission de voirie ne pouvait être retirée que dans l'intérêt de la viabilité ou de la conservation du domaine. Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation furent d'accord, au début, pour la sanctionner (10).

(9) D. 1885-2-147. Paris, 9 août 1884, note. Dans le même ordre d'idées, et c'est bien là une des caractéristiques du régime de la permission, le permissionnaire doit subir la concurrence et ne peut attaquer une autorisation nouvelle qui lui porte préjudice qu'en cas d'erreur de droit ou de détournement de pouvoir (Cpr. Art. 8 de la loi du 15 juin 1906). Remarquons, d'ailleurs, que la concurrence est limitée par l'intérêt général et dans l'espèce la protection du domaine public.

Cf. A. Mestre, op. cit., p. 7.

(10) D. 1894-1-197. Conseil d'Etat, Gaz de la Guillotière, 6 décembre 1855, Rec., p. 715. Conseil d'Etat, 19 mars 1868, D. 1873-3-91. Commission 1er juilet 1870. D. 1871-1-187. Conseil d'Etat, 21 mars 1873, D. 73-3-91, etc...

« On peut grouper sous trois chefs les cas dans lesquels le Conseil d'Etat annule, pour détournement de pouvoir, les retraits de permission de voirie. Il y a d'abord l'hypothèse

Cette conception jurisprudentielle devait tempérer, au delà même des nécessités, le caractère de précarité communément reconnu aux permissions de voirie. Dire que le retrait, pour être légal, doit être prononcé dans l'intérêt de la voirie, c'est dire aussi que la théorie du détournement de pouvoir aura pour effet de le rendre souvent impossible (11). Précaires en théorie, les permissions risquent de demeurer éternelles. L'Administration ne se trouve plus dans une situation privilégiée : de sérieuses atteintes sont portées à son initiative et à sa liberté d'action.

Telle était pourtant la situation, situation d'autant plus dangereuse qu'en dépit des recommandations ministérielles, de véritables services d'intérêt général comportant une exploitation commerciale, principalement des services d'éclairage, se créaient au moyen de la permission de voirie.

Le procédé de la permission ne pouvait que désa-

classique où le retrait s'inspire de mobiles d'ordre financier ; puis celle où l'autorité administrative a procédé en vue de poursuivre un avantage économique autre qu'un avantage strictement fiscal ». A. Mestre, op. cit., p. 10 et s. Au contraire « la permission peut être valablement refusée pour des motifs d'ordre financier ». A. Mestre, op. cit., p. 12. Sur la distinction entre le refus et le retrait, cf. Conseil d'Etat, 11 mars 1880, Compagnie Centrale, Rec., p. 334. Laferrière II, p. 552. Jèze, op. cit., p. 235 et s.

(11) Cpr. L'expropriation pour cause d'utilité publique avant la loi du 6 novembre 1918. Le conseil d'Etat annulait — dans le cas bien entendu où l'expropriation avait été prononcée par décret — dès qu'il lui apparaissait que l'on avait fait servir « l'utilité publique » dans un but trop large. Conseil d'Etat, 11 février 1910, Rec., p. 116 ; 6 août 1910, p. 717 ; 20 avril 1917, p. 335, conclusions Blum.

vantager les concessionnaires. Ceux-ci ont pour mission d'exploiter un service public très étroitement réglementé. La concession est temporaire et les usagers eux-mêmes sont protégés par des tarifs maxima stipulés en leur faveur par le concédant.

Incertaines quant à leur durée et même en fait perpétuelles, les permissions confèrent à leurs titulaires un privilège exorbitant. Les usagers ne sont pas protégés.

Dans ces conditions, il appartenait à la jurisprudence de « réajuster » les permissions.

Le Conseil d'Etat modifia la physionomie de la permission de voirie en lui reconnaissant ce que d'aucuns ont appelé un caractère de « concession virtuelle ». En réalité, la jurisprudence administrative, en entérinant le conditionnement des permissions, a posé les jalons des réformes futures.

Adoptant la théorie de l'acte de gestion (12), le Conseil d'Etat établit la responsabilité contractuelle des communes lorsqu'un cahier des charges était adjoint à l'arrêté de permission.

Il fit ainsi « de la permission de voirie une sorte d'arrêté *sui generis* tenant autant, quant à ses effets, du régime de la concession que de celui de la permission de voirie et qui aura pour conséquence d'entraîner la responsabilité de la commune malgré le caractère apparent de simples arrêtés de police (13) ».

(12) Remaury, op. cit., p. 60. Conclusions Romieu, Goret 6 juin 1902, Rec. p. 425.

(13) Remaury, op. cit. Conseil d'Etat, 26 mars 1897, Ville de Paris. Rec., p. 254 ; 16 mai 1902, p. 373 ; 6 juin 1902, Goret, conclusions Romieu, Rec., p. 425.

Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence décida que le retrait pouvait être prononcé lorsque le maintien des permissions aurait « pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes ou de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée » (14).

Peu après, le souci de conditionner les permissions apparut plus nettement. Si le permissionnaire n'observe pas les prescriptions qui lui ont été imposées, il se verra retirer son autorisation (15).

Cette pratique est arrivée à assouplir quelque peu le procédé de la permission de voirie. Elle devait, dans la suite, donner naissance à des réformes beaucoup plus hardies dont nous aurons à nous entretenir. Cette évolution assez rapide, simple illustration des tendances générales du droit public français, laissa, sans doute, entrevoir que le procédé de

(14) Conseil d'Etat, 27 décembre 1901, Pécard, Rec. p. 925 ; 10 juillet 1896, S. 1898-3-93, Goret, 6 juin 1902. Rec., p. 425.

(15) La jurisprudence de la Cour de Cassation n'a pas suivi la même évolution que celle du Conseil d'Etat. Elle a persisté à admettre que la permission ne pouvait être retirée que dans l'intérêt de la viabilité ou de la conservation du domaine. (Cassation, 15 juin 1883. D. 1885-3-21. Cf. Revue Générale d'Administration, 1885 t. III, p. 426). Un permissionnaire, le sieur Colette, ne put obtenir devant le Conseil d'Etat l'annulation d'un retrait prononcé dans l'intérêt pécuniaire de la commune, et obtint satisfaction devant la Cour de Cassation. « Attendu, dit cette dernière, que les autorisations de voirie, que l'Administration est toujours libre de refuser, ne peuvent, une fois accordées, être révoquées que dans l'intérêt de la viabilité et de la conservation du domaine public ; ...attendu que le maire n'a point agi dans l'intérêt de la voirie, mais dans l'intérêt privé de la commune, et que, par suite, l'usage qu'il a fait de ses pouvoirs n'est pas conforme au

la permission pouvait permettre l'établissement d'entreprises d'intérêt général.

Il ne suffisait pas seulement d'élargir les cas de retrait et d'assurer la liberté d'action de l'Administration en restaurant sa situation privilégiée, encore fallait-il songer à assurer la protection du permissionnaire. Il importait de ne pas méconnaître l'intérêt des demandeurs de permissions en laissant leur initiative se briser contre le pouvoir discrétionnaire de l'Administration.

Sur ce point aussi, la jurisprudence a sérieusement évolué. Le principe initial était qu'on ne pouvait déférer par voie contentieuse l'acte portant refus de délivrance d'une permission de voirie. L'évolution qui s'est dessinée en cette matière eut pour base le développement du contentieux des actes discrétionnaires.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, le recours pour excès de pouvoir peut être fondé sur les deux moyens suivants : l'Administration allègue un motif de droit erroné ou commet un détournement de pouvoir (16).

but en vue duquel ils lui étaient confiés ». Cass., 27 juillet 1893 et 3 août 1893. D. 1894-1-197 ; Conseil d'Etat 10 juillet 1896. Rec. Leb. page 565.

Sur le conditionnement des permissions Cf. A. Mestre, op. cit., p. 19. Conseil d'Etat, 29 janvier 1897, Société du Gaz de Saint-Amand, Rec., p. 57 ; 25 janv. 1907, Compagnie d'éclairage d'Abbeville, p. 75 ; 14 janvier 1921, ville d'Oloron (Bulletin de la Chambre syndicale des forces hydrauliques, juin 1921, n° 380).

(16) Conseil d'Etat, 11 avril 1913. Compagnie des Tramways de l'Est Parisien. Rec., p. 394.

Il est intéressant de remarquer que cette jurisprudence

La jurisprudence est arrivée à composer une figure de permission de voirie qui n'est pas loin de prendre le contre-pied de la conception primitive. Cette même jurisprudence devait par la suite, déterminer des réformes plus hardies.

Nous nous sommes occupés jusqu'ici de la permission de voirie en général. Il nous paraît qu'il n'est pas inutile d'illustrer notre étude par quelques exemples.

Section II

La permission de voirie et les distributions d'énergie électrique (17)

Une distribution d'énergie électrique empruntant sur tout ou partie de son parcours des voies pu-

se rattache à une autre évolution qui n'est pas moins curieuse. En principe, la violation d'un contrat ne saurait être invoquée comme moyen d'annulation, mais cette règle ne s'applique qu'inter partes ; lors de l'exécution d'un service concédé, les usagers ont un recours contre le concédant qui impose des actes manifestement contraires au contrat ou encore lorsqu'en alléguant un motif de droit erroné il se refuse à contraindre le concessionnaire à l'exécution du service.

Conseil d'Etat, 3 février 1905,, Storch, Rec., p. 116 ; 21 decembre 1906, Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix de Seguey-Tivoli, à Bordeaux. Conclusions Romieu, Rec., p. 961.

(17) *Bibliographie.* — Istel Paul et Lémonon. Traité juridique de l'industrie électrique ; Lémonon : Le régime légal des distributions d'énergie électrique en France ; Réglementation des distributions d'énergie électrique (Berger Levrault, 1921) ; Remaury, Canalisations d'éclairage. Achille Mestre, op. cit.

Nous renvoyons à l'ouvrage de M. Remaury pour les développements relatifs aux divers conflits entre permissionnaires, concessionnaires et communes, provoqués par la loi de 1906.

bliques, peut être établie et exploitée soit en vertu de permissions de voirie, soit en vertu de concessions (18). Un grand nombre d'entreprises ont utilisé le procédé de la permission, auquel on applique les règles générales en matière d'occupation du domaine public (19). Aucun acte officiel n'intervient pour régler ou approuver les conditions de l'exploitation.

L'Administration ne stipule pas en faveur du public qui reste à la merci du permissionnaire (20). Aux termes de la loi du 15 juin 1906, il est interdit d'insérer dans les arrêtés octroyant des permissions de voirie, des conventions commerciales (21). On n'exige du permissionnaire que le paiement d'une redevance pour occupation du sol. Ce qui peut faire comprendre l'adoption du système de la permission de

(18) Dans le projet qui avait été déposé en 1898, le Gouvernement s'était expressément réservé le droit d'imposer à tout distributeur le régime de la concession.

(19) Les permissions antérieures à 1906 peuvent être un simple acte de police ou peuvent au contraire comporter une sorte de concession avec tarif et limitation de durée. (Voir rapport Charlot, Chambre des Députés, Documents Parlementaires 1922, p. 1553 et s.).

On sait que d'après l'article 8 de la loi du 15 juin 1906 les communes ou les syndicats de communes sont autorisés à conférer sur tout ou partie de leurs territoires un monopole au profit des concessionnaires de l'éclairage public ou privé et que, d'autre part, aucune concession ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé des permissions de voirie ou une concession à une entreprise concurrente sous la réserve que celle-ci n'aura pas de conditions plus avantageuses.

(20) Il n'est rien innové aux règles concernant la délivrance des permissions. L'Administration est libre d'accorder et de refuser la permission sauf, bien entendu, à ne pas commettre, ainsi que la jurisprudence l'a décidé en 1913, une erreur de droit ou un détournement de pouvoir.

(21) Article 5 de la loi du 15 juin 1906.

voirie c'est que sans ce régime « beaucoup de villes auraient attendu de longues années avant de pouvoir jouir des bienfaits de l'électricité » (22). Par ailleurs, d'aucuns avaient volontiers pensé que la permission de voirie devait rester presque exclusivement réservée à des lignes particulières « à de petites distributions locales ou à des lignes de transport d'énergie ne faisant que traverser les communes sans y faire de distribution » (23). En réalité, les permissions se sont développées et, dès le lendemain de la loi de 1906, l'Administration s'est trouvée en présence de véritables monopoles de fait, puisqu'aussi bien le retrait ne pouvait être fondé que sur des motifs parfois difficiles à formuler (24). N'étant pas limitées quant à leur durée, n'étant astreintes à aucune charge capable de réglementer utilement les conditions de l'exploitation, de pareilles entreprises devenaient fort dangereuses.

La sauvegarde des intérêts des usagers n'était pas réalisable, car encore faut-il que l'Administra-

(22) Rapport Charlot. On s'est laissé guider aussi par le désir des entrepreneurs qui tenaient beaucoup au régime de la permission. Le régime antérieur, celui de la loi du 25 juin 1895 ne prévoyait pas le régime de la concession. Les entreprises qui voulaient bénéficier du régime de la concession devaient obtenir le vote d'une loi. (Voir Istel et Lémonon, op. cit., pages 59 et s.)

(23) Article 5, paragraphe 2, de la loi du 15 juin 1906.

(24) La loi du 15 juin 1906 prévoit un cas de retrait qui lui est particulier. « Les redevances attachées aux permissions de voirie doivent être revisées tous les cinq ans. L'existence de la permission de voirie est quelque peu atteinte par cette revision, en ce sens que si le permissionnaire refuse d'accepter le nouveau taux de redevance imposé précédemment, il est déchu de l'autorisation accordée. » (Remaury, op. cit., p. 23.)

tion ne soit pas bridée par une force supérieure. Dans l'espèce, il y avait un texte formel qui contrecarrait le pouvoir administratif. Les permissionnaires jouissaient d'une situation extrêmement forte.

L'Administration s'efforça de pallier aux inconvénients d'un semblable état de choses en prodiguant force recommandations. M. Remaury (op.cit., p.150) énumère les dispositions prises par le Gouvernement dans le décret du 3 avril 1908, pour atténuer la dualité de régime instituée par la loi du 15 juin 1906 : 1° obligation pour le Préfet de prendre en matière de distribution l'avis du maire avant de délivrer les permissions de voirie qui sont de sa compétence (Cpr. Circulaire du 22 juin 1882 et article 98 de la loi du 5 avril 1884) ; 2° la nécessité pour le Maire de prendre l'avis du conseil municipal tant pour la permission de voirie que pour la concession (Art. 5 du décret du 3 avril 1908) ; 3° Obligation pour l'autorité qui concède l'autorisation de prendre, quelle qu'en soit la forme, l'avis des concessionnaires antérieurs (Art. 5) ; 4° Obligation d'emprunter le régime de la concession chaque fois qu'il s'agit d'une distribution d'éclairage (25). « Dans les préliminaires du

(25) Il n'est pas sans intérêt de mentionner l'opinion du rapporteur de la loi précitée. « La Commission a pensé, a-t-il dit, que pour les distributions d'énergie il y aurait lieu de laisser les industriels *opter* entre le régime des permissions de voirie et celui des concessions. » (Istel et Lémonon, op. cit.) Article 3, paragraphe 1 de la loi du 15 juin 1906.

Il faut noter aussi que le décret du 3 avril 1908 prévoit, dans son article 12, que les permissions de voirie peuvent être revisées sous les conditions ordinaires des arrêtés réglementaires relatifs à ces permissions et qu'elles peuvent être révoquées sous les mêmes conditions et, notamment, si le permis-

décret du 3 avril 1908, le Ministre, revenant à l'esprit des circulaires précédentes, émettait l'avis qu'il serait désirable que les autorisations d'éclairage n'aient plus lieu que par la voie de la concession, et, dans les circulaires suivantes, il établissait le modèle de cahiers des charges type de nature à faciliter la rédaction des traités. Le désir du Ministre devint ainsi bien vite une réalité. Les Maires, obligés de prendre l'avis du Conseil Municipal lorsqu'une demande de permission de voirie leur était adressée, soumettaient ces demandes à l'Assemblée communale. Et la discussion instaurée devant elle sur les avantages et les inconvénients de l'autorisation sollicitée amenait les Membres du Conseil à réclamer les garanties d'un traité de concession assortie de stipulations avantageuses, plutôt qu'à accorder une permission de voirie qui, par son caractère de sim-

sionnaire ne se conforme pas, après mise en demeure, aux obligations qui lui sont imposées, soit par sa permission, soit par les lois et règlements. Les permissions sont également révocables si la distribution cesse d'être affectée à la destination qui avait motivé l'autorisation.

Indépendamment des dispositions de l'article 12 du décret du 3 avril 1908, les permissions peuvent être retirées dans l'intérêt du domaine et pour ce motif que leur maintien aurait pour effet d'engager la responsabilité pécuniaire des communes ou encore de consacrer une situation inconciliable avec l'autorité de la chose jugée. (Conseil d'Etat, 10 juillet 1896. Rec., p. 562 ; 27 décembre 1901, Rec., p. 924, 6 juin 1902, conclusions Romieu. Rec. p. 425). La Cour de Cassation n'a pas reconnu la validité d'une révocation de permission effectuée dans un intérêt financier, pour mettre la commune à l'abri de condamnations pécuniaires (Cass. crim. Rej., 25 octobre 1900. D.P., 1901-1920. Cass. 27 juillet 1893. D. P., 94-1-197.) La cour de Cassation s'appuie sur ce fait qu'il y a eu simple permission et non contrat. Cette dernière jurisprudence judiciaire est très suggestive en ce qu'elle confirme bien le caractère unilatéral de l'acte d'autorisation.

ple arrêté, ne pouvait contenir aucun engagement profitable à la commune » (26).

Deux ans plus tard, la circulaire du 20 mai 1910 invitait les ingénieurs du contrôle à proposer le refus des permissions de voirie « toutes les fois que l'établissement de ces lignes constitue un obstacle pour la création ultérieure ou le développement des réseaux présentant un caractère général » (27). Ces conseils n'empêchèrent pas les permissions d'être toujours utilisées, voire de se multiplier.

Le 1er octobre 1912, le Ministre des Travaux Publics renouvela ses recommandations. Cette date est intéressante à retenir. Elle marque un acheminement vers un régime plus rationnel. La circulaire de 1912 résume bien les inconvénients de la permission de voirie. « Certains demandeurs de permissions de voirie, semblent avoir eu surtout pour but en adoptant le régime de la permission, d'acquérir sur le domaine public des droits d'occupation qu'ils entendent négocier à leur profit. D'autres paraissent avoir recherché dans les permissions de voirie, le moyen d'éluder l'application du régime des concessions. Etablis d'abord dans une commune, au titre d'entrepreneurs de distributions purement locales qui leur permettaient d'obtenir des conditions exceptionnellement avantageuses, ils ont gagné ensuite peu à peu, par prolongements successifs de leurs canalisations, les communes voisines, pour se révéler un jour détenteurs de véritables réseaux, parfois

(26) Remaury, op. cit., p. 151.
(27) Cpr. Décret du 17 octobre 1907. Art. 25.

interdépartementaux autorisés, par décision d'espèce, sans plan d'ensemble et n'offrant aucune garantie, ni aux communes qui ne peuvent contrôler la bonne exploitation de ces distributions publiques, ni aux particuliers que ne protège aucun cahier des charges, aucun tarif approuvé ». Toutefois, le Ministre prévoyait que l'emploi de la permission pouvait être justifié dans certaines circonstances, notamment lorsqu'il s'agit de lignes installées par un particulier pour son propre usage ou pour desservir quelques personnes en nombre restreint et sans qu'il y ait à proprement parler vente au public, ou encore lorsque les lignes de transport desservent les services publics. Enfin — et ceci est à retenir — lorsque la concession « présenterait, par suite de dispositions locales, plus d'inconvénients que d'avantages », on peut avoir recours à la permission.

Ainsi, la date de 1912 est intéressante. L'Administration va tenter — timidement, en raison de la loi de 1906 — de supprimer les abus, en opérant le conditionnement des permissions. La permission constituant une situation privilégiée, il est juste que son bénéficiaire subisse comme contre-partie, des charges et des obligations. « Les permissions apparaissent comme des actes purement administratifs, l'Administration étant seule juge des motifs ou considérations qui lui font autoriser l'occupation privative du domaine public au profit des particuliers. Elle peut, en conséquence, imposer aux permissionnaires toutes les conditions qu'elle juge utiles à l'intérêt public, pourvu que ces conditions ne soient pas

contraires aux lois et aux règlements ; et si les permissionnaires ne se conforment pas, après mise en demeure, aux obligations qui leur sont imposées, les permissions peuvent être révoquées conformément aux règles admises par la jurisprudence en pareille matière et confirmées expressément par l'article 12 du décret du 3 avril 1908 (28) ». Ajoutons que les obligations auxquelles l'Administration a décidé de soumettre les permissions ne permettent pas de les considérer encore comme de véritables entreprises d'intérêt public; l'Administration ne stipule pas en faveur du public, elle n'assure sa protection que d'une manière très indirecte. En édictant certaines conditions propres à lui permettre de conserver sa liberté d'action, l'Administration se contente ainsi d'augmenter les sanctions qu'elle pourra faire valoir à l'encontre du permissionnaire, sans d'ailleurs réglementer l'exploitation du service. La pratique administrative condensée dans la circulaire de 1912 n'a d'autre but que de confirmer et de préciser la jurisprudence antérieure. Il s'agit d'assurer le conditionnement des permissions, de telle sorte que l'Administration soit en mesure de retirer des permissions qui compromettraient l'intérêt général ou plus précisément celui des services publics. Les conditions sont relatives, elles doivent varier suivant l'importance des distributions.

Les lignes particulières peuvent être autorisées « tant que leur présence ne gêne pas les services publics installés ou à installer ; mais en raison de

(28) Circulaire du 1er octobre 1912.

leur nature même, la faculté d'occuper le domaine public ne constitue qu'une simple tolérance, sans qu'aucun droit puisse être créé à leur profit, au détriment de la collectivité... » (29).

Les lignes de transport d'énergie électrique destinées à desservir des services publics et accessoirement des particuliers « peuvent être établies indifféremment, soit par concession, soit par permission de voirie.

Les ingénieurs du contrôle ne devront toutefois pas perdre de vue que l'occupation, sur ou sous la voie publique, autorisée par permission de voirie, risque de constituer au profit des occupants un monopole de fait susceptible de gêner dans l'avenir la création de nouvelles entreprises même sous le régime de la concession » (30). Si la distribution n'est plus affectée à la destination indiquée, elle doit être révoquée ou renouvelée en vue d'une nouvelle destination. Lorsque les services publics alimentés auront pris fin, l'autorité administrative fera enlever les lignes ou subordonnera leur maintien à l'acceptation par le permissionnaire des conditions générales imposées aux lignes particulières.

(29) « La permission de voirie détermine expressément les ouvrages qu'elle autorise, étant stipulé que tout branchement nouveau fera l'objet d'une autorisation nouvelle, et que le permissionnaire sera tenu de modifier ou de déplacer ses lignes à ses frais, toutes les fois que ce déplacement ou cette modification seront reconnus nécessaires pour l'exécution des travaux prévus à l'article 55 du Décret de 1908, travaux au nombre desquels se trouvent les ouvrages établis pour le service des concessions de distribution d'énergie électrique déclarées ou non d'utilité publique. »

(30) Circulaire de 1912.

On aperçoit le désir qu'a l'Administration de fortifier sa liberté d'action, mais les moyens sont faibles.

On considère encore que la permission est exclusive d'un bon service au public. On vit sur le vieux dogme, à savoir qu'un service d'intérêt collectif ne peut être rendu que par des concessionnaires auxquels il est facile d'imposer des charges. On n'aperçoit pas, ou, en tout cas, on discerne mal la possibilité d'établir des entreprises d'intérêt public concurrentes des services publics. Lorsqu'il ne se présente pas de demandeurs en concession, il faut bien pourtant recourir à la permission. « En pareil cas, sans imposer, en fait, aux permissionnaires des obligations analogues à celles qui incombent aux concessionnaires, l'Administration doit insérer dans les permissions toutes clauses utiles pour que la distribution n'apporte aucune gêne à la création ultérieure d'autres distributions ou d'ouvrages à établir dans l'intérêt public » (31).

Dès notre introduction, nous avons insisté sur cette idée qu'il est facile, en théorie, d'imposer aux aux permissionnaires certaines conditions.

Cette conception a fini par prévaloir en matière d'outillage des ports. Sans que le législateur ait eu à intervenir, l'Administration a édicté, en vertu de son pouvoir propre un régime nouveau, qui fait sortir les permissions de leur cadre traditionnel. Dans le domaine des distributions d'énergie électrique, la

(31) *Ibidem.*

pratique administrative s'est montrée beaucoup plus timorée. Elle a respecté les prohibitions de la loi de 1906.

Les obligations auxquelles sont astreintes les permissions gravitent autour du désir d'éviter que les permissions nuisent à l'établissement de futures concessions. Parmi ces obligations, il en est une qui mérite d'être retenue : les permissionnaires devront « renoncer éventuellement, sur la demande de l'autorité concédante et après préavis de deux ans, au bénéfice de leur permission, s'ils en sont requis dans l'intérêt public » (32). Cette disposition réalisait un progrès indéniable. La liberté d'action de l'Administration paraissait mieux sauvegardée (33). Toutefois, l'Administration n'en continuait pas moins à condamner la pratique des permissions, car elle estimait que le procédé n'était pas capable d'assurer la protection du public.

On lit dans une circulaire du 10 décembre 1918 qu'au moment de l'examen des demandes de concession d'importants réseaux dans des régions où il existe des distributions par permission de voirie, l'Administration a rencontré des difficultés inextricables pour déterminer l'équivalence des charges à

(32) *Ibidem.*

(33) En effet, la permission pouvait être retirée dans les hypothèses suivantes : intérêt de la viabilité et du domaine public, inexécution des conditions imposées, violation des règlements de police, intérêt d'un service public ou encore exécution d'une décision de justice.

imposer à ces entreprises concurrentes fonctionnant sous des régimes différents (34).

L'Administration espérait pouvoir supprimer par voie de circulaires le système des permissions de voirie. Cette réglementation « allait créer une situation extrêmement délicate aux entreprises fonctionnant sous le régime des permissions, que l'Administration, par le refus systématique de nouvelles autorisations, cherchait à contraindre à se placer pour l'ensemble de leur réseau sous le régime nouveau » (35).

En fait, l'Administration s'est heurtée à la jurisprudence qui s'est montrée désireuse d'appliquer la loi de 1906 et de faire respecter énergiquement la volonté du législateur (36). La jurisprudence a sans doute été inspirée par le souci de maintenir la légalité, mais nous verrons qu'elle a ainsi, inconsciemment peut-être, préparé des réformes ultérieures dont nous aurons à nous entretenir (37).

(34) « Au cours de la guerre, il apparut que le régime des permissions empêchait la création de grands réseaux que la nécessité de desservir les usines travaillant pour la défense nationale et la mise en valeur des richesses hydrauliques du pays rendaient indispensables, soit par le groupement des lignes déjà exploitées, soit par l'établissement des lignes nouvelles. » Note D. P., 1922-3-57.

(35) Note D. P. 1922-3-57.

(36) Cpr. L'interprétation jurisprudentielle de la loi du 11 juin 1880 sur les chemins de fer d'intérêt local et les tramways.

(37) Voici deux arrêts qui confirment la lutte menée par l'Administration juge contre l'Administration active.

Dans une première espèce (Compagnie du Bourbonnais, 4 février 1921), le Conseil d'Etat avait annulé un refus de permission qui méconnaissait les dispositions de la loi du 15 juin 1906. Le Conseil d'Etat a considéré « que les circu-

Les cahiers des charges types qui avaient été approuvés par les décrets des 17 mai 1908, 20 août 1908 et 30 novembre 1919, ont été modifiés par un décret du 28 juin 1921. Ce décret ne vise que le régime des concessions : concession par l'Etat d'une distribution d'énergie électrique aux services publics, concession par une commune ou un syndicat de communes (38). Mais l'Administration n'a pas

laires invoquées par le Ministre des Travaux Publics n'ont pas eu pour but et n'ont pu avoir pour effet de modifier le régime légal qui résulte de ladite loi » ; « la loi de 1906 ne reconnaît aux particuliers aucun droit à l'obtention des permissions de voirie pour l'établissement de canalisations électriques dans le sous-sol des voies publiques, l'octroi des permissions de cette nature rentre dans le pouvoir d'appréciation de l'Administration à laquelle il appartient de juger si la sauvegarde des intérêts généraux dont elle a la charge ne doit pas s'opposer à l'admission des demandes qui lui sont soumises », mais le Conseil d'Etat a précisé que l'Administration « ne saurait, pour motiver son refus, se fonder sur ce que l'octroi de ces permissions serait irrégulier par le seul fait qu'il ne rentrerait pas dans les cas prévus par les circulaires ministérielles ». Le requérant avait été renvoyé devant le Ministre qui ne changea pas d'attitude et dans un arrêt du 4 août 1922 (Compagnie du Bourbonnais), le Conseil d'Etat prononça une deuxième annulation. Au lieu de rechercher si l'intérêt général s'opposait ou non à l'adoption d'un projet qui apparaissait comme ne tendant qu'à assurer la meilleure utilisation du réseau préexistant, le Ministre « s'est borné à refuser une seconde fois la permission dont il s'agit, en alléguant, il est vrai pour écarter les apparences d'une nouvelle erreur de droit que l'intérêt général s'opposait à ce que la demande de la Compagnie requérante fut favorablement recueillie mais une telle allégation, qui n'est qu'une déclaration de principe, n'est pas de nature, dans les circonstances où elle s'est produite, à changer le véritable caractère de la décision attaquée, laquelle n'est en réalité que la reproduction de la première décision et à en empêcher l'annulation ».

(38) Plusieurs dispositions mériteraient d'être étudiées, mais elles nous feraient sortir des limites de notre sujet. Les nouveaux cahiers des charges prévoient spécialement des revisions périodiques, soit des tarifs de base, soit de l'index.

cru devoir réglementer à nouveau les permissions. Le ministre s'est expliqué sur ce point. Il a estimé qu'il était suffisamment armé par les règlements administratifs en vigueur pour éviter les abus et il n'a pas caché que son administration s'employait à réduire le nombre des permissions de voirie (39).

Ne convenait-il pas, au contraire, d'utiliser largement le régime des permissions de voirie, en provoquant son amélioration ? Le gouvernement ne l'a pas pensé et il s'est laissé dépasser par l'initiative parlementaire. Dans sa séance du 14 mars 1923, la Chambre des députés a adopté une proposition de loi de M. Néron tendant à compléter le régime auquel sont soumises les sociétés de production et de distribution d'électricité (40). La commission des Mines et de la Force motrice de la Chambre des députés s'est livrée auprès des consommateurs et des municipalités à une vaste enquête. Les consommateurs firent part de doléances qui peuvent être ainsi résumées : « Les producteurs d'électricité cherchent à avoir le maximum de liberté pour la fourniture et la tarification du courant grâce au régime des autorisations de voirie ou à celui des concessions d'Etat dont les prix maxima très larges ne les gênent pas beaucoup ». De leur côté, les producteurs d'énergie électrique ont protesté contre la tutelle trop étroite à laquelle on voudrait les astreindre. Quant aux Muni-

(39) Séance de la Chambre des Députés du 29 décembre 1921.

(40) Documents parlementaires. Chambre des Députés, N° 3075 et annexe N° 4772, session ordinaire. 2e séance du 8 juillet 1922, page 1554 et s.

cipalités, elles entretiennent rarement des rapports corrects avec leurs fournisseurs d'électricité.

Le régime des permissions de voirie a provoqué de graves incidents (41) dûs à ce fait qu'on ne peut légalement imposer aucune condition commerciale à une société dont les lignes de distribution n'ont fait l'objet d'aucune concession. Il n'est pas exagéré de prétendre que la « législation de 1906 n'est plus en harmonie avec les nécessités économiques et sociales d'aujourd'hui. L'erreur fondamentale du législateur de 1906 a été de n'imposer aucune clause commerciale à une catégorie de distributeurs dont l'industrie constitue pourtant un véritable service public » (42). Une réforme était donc nécessaire. La Commission des Mines et de la Force motrice de la Chambre des députés s'est inspirée en grande partie des principes de la proposition Néron. Elle n'a pas cru devoir suivre les suggestions de son auteur lorsqu'il voulait soumettre toutes les permissions et les concessions antérieures à 1906 à un cahier des charges. Elle a estimé qu'une semblable mesure entraînerait des conséquences fâcheuses.

Ce qui est particulièrement important c'est que la Commission — et la Chambre a ratifié sa manière de voir — n'a pas songé à supprimer radicalement la permission de voirie. La permission s'impose dans

(41) Notamment dans le Département de la Loire, où quatorze communes dont le contrat arrivait à expiration en 1922, ont été mises en demeure, par la Compagnie distributrice, d'accepter ses conditions, sous peine d'être privées de courant électrique.

(42) Rapport Charlot. Documents Parlementaires. Chambre des Députés, 1922, p. 1558.

certains cas. « Voici par exemple une commune rurale qui désire établir l'éclairage électrique sur son territoire. Un petit industriel de la localité, meunier, scieur à la mécanique... dispose pour ses propres besoins d'une force motrice naturelle ou à bon marché qu'il peut, dans la soirée, consacrer à produire l'énergie électrique pour ses concitoyens; ou bien, il existe dans la commune un ancien moulin abandonné qui pourrait être rééquipé pour le même objet. Va-t-on imposer au possesseur le régime de la concession avec son luxe de formalités administratives, tarif maximum, index économique, amendes, pénalités, etc...? C'est dans bien des cas le décourager. Il peut produire l'énergie électrique ; elle n'aura peut-être pas une régularité parfaite de voltage ; de temps à autre, en période de sécheresse, il y aura des arrêts, une petite affaire de ce genre ne pouvant équilibrer son budget si elle doit se compliquer par l'acquisition d'un matériel de secours thermique, coûteux à installer et qui fonctionnera rarement. Lui imposer les règles rigoureuses de la concession, l'empêchera souvent de risquer le petit capital nécessaire. Il renoncera à son projet, au grand dommage des habitants de cette petite agglomération qui, pour avoir l'éclairage électrique, passeraient facilement sur quelques petits inconvénients d'ordre secondaire dans l'exploitation. Voici maintenant un distributeur important qui veut étendre ses lignes dans la campagne. Tout le monde sait que si l'exploitation d'un secteur électrique peut donner des bénéfices dans une agglomération urbaine en raison de la densité même des habi-

tants qui permet de réduire les frais généraux et de desservir un nombre plus important d'abonnés par kilomètre de canalisation, un secteur rural équilibre difficilement son budget, précisément par suite de la dissémination de la population et de l'étendue du territoire à desservir. Si on impose le régime de la concession au distributeur, celui-ci s'abstiendra, ou bien il demandera des subventions importantes aux communes. De son côté la municipalité n'est pas très familiarisée avec les arcanes d'un cahier des charges. Dans les 30.000 petites communes rurales, les cas de cette espèce seront assez fréquents. Le régime de la concession peut être un obstacle sérieux au développement de l'industrie dans le milieu rural » (43). Telles sont quelques-unes des raisons qui, selon le rapporteur de la Commission, militent en faveur du maintien — sous réserve de son amélioration — du régime de la permission de voirie.

Aux termes de la proposition de loi, votée le 14 mars 1923 par la Chambre des députés, la permission de voirie continuera à être délivrée par les autorités administratives propriétaires du domaine public.

En cas de refus de délivrance de la permission de voirie, une garantie sérieuse est apportée. Le demandeur aura le droit de se pourvoir auprès du Ministre des Travaux publics ; celui-ci ne pourra confirmer le refus qu'après avis du Comité d'électricité.

Le procédé de la permission de voirie ne doit

(43) Rapport Charlot, page 1560 et s.

pas être d'une adaptation universelle, aussi est-il décidé qu'il ne peut être délivré de permissions de voirie en vue de l'établissement de distributions ayant pour objet de fournir directement ou indirectement une puissance totale supérieure à 100 kilowatts.

Une des dispositions les plus importantes de la proposition de loi est celle qui a trait à la limitation de durée des permissions. « Les permissions de voirie ne peuvent être délivrées que pour une durée limitée à un maximum de trente années » (45). Elles sont d'ailleurs susceptibles d'être renouvelées.

Quels sont les droits et obligations du permissionnaire et de l'Administration ?

Aucune permission de voirie ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé sur les mêmes voies des permissions concurrentes.

Par ailleurs, les permissions de voirie qui ont pour objet de fournir l'énergie au public peuvent imposer au permissionnaire l'obligation de fournir sur tout ou partie du parcours de la distribution l'é-

(44) La Commission des Mines et de la Force motrice avait proposé le chiffre de 150 kilowatts dans le but de mettre en harmonie la future loi avec celle du 16 octobre 1919 sur l'utilisation de l'énergie hydraulique. L'Administration a fait remarquer que le chiffre de 150 kilowatts correspond aux besoins d'une population de 6.000 habitants et qu'ainsi, sauf les villes importantes, la plupart des distributions pourraient échapper au régime de la concession qui est leur régime normal. (Rapport supplémentaire de M. Charlot, Chambre des Députés, 15 février 1923, N° 5575.)

(45) L'Administration avait pensé que cette durée serait un peu courte et qu'elle risquerait de pousser le permissionnaire à construire des lignes légères et à compromettre la sécurité publique.

nergie électrique, dans la limite disponible. Elles fixent, enfin, les tarifs maxima qui seront établis par comparaison avec ceux des distributions voisines, en tenant compte des circonstances locales et des conditions propres à chaque entreprise, étant entendu que ces tarifs seront susceptibles de revision (46).

L'Administration aura le droit de procéder au rachat des permissions suivant des règles analogues à celles qui président au rachat des distributions établies par voie de concession (47).

Nous ne voulons pas pénétrer plus avant dans le détail de la proposition de loi. Il nous suffit d'avoir noté les dispositions principales du futur régime des

(46) La Commission avait prévu que les tarifs de vente ne devraient pas être supérieurs de plus de 10 o/o aux tarifs maxima des distributions concédées les plus voisines, placées dans des conditions semblables. Le Ministre fit observer que le chiffre de 10 o/o était arbitraire et qu'il y aurait une iniquité choquante à poser dans la loi le principe que les tarifs maxima des permissions de voirie seront supérieurs à ceux des concessions voisines. La commission a donné son adhésion au texte proposé par le Ministre — et qui a été voté par la Chambre — tout en le trouvant beaucoup trop large. Le permissionnaire se trouvera en état d'infériorité vis-à-vis du concessionnaire (amortissements plus importants chaque année, en raison d'une limitation de trente ans, alors que le régime de la concession prévoit quarante ans, possibilité de subir une révocation sans indemnité, et concurrence toujours possible). C'est pourquoi la Commission des Mines et de la force motrice avait suggéré de limiter les écarts à 10 o/o (Charlot. Rapport supplémentaire. N° 5575).

Le texte proposé par la Commission n'indiquait pas la procédure à suivre au cas où il y aurait désaccord entre l'Administratin et le permissionnaire au sujet de la fixation et de la revision des tarifs maxima. Afin d'éviter les lenteurs de la juridiction administrative, la Chambre a admis l'arbitrage.

(47) Le rachat ne pourra avoir lieu qu'à partir de la 20e année, à compter de la date des permissions de voirie qui les ont autorisées.

permissions de voirie des distributions d'énergie électrique (48).

Il y avait à résoudre un autre problème particulièrement délicat. Quelle sera la situation des permissionnaires titulaires d'une autorisation ? Les soumettra -t-on, immédiatement au nouveau régime des permissions de voirie ou bien, au contraire, utilisera-t-on un système intermédiaire ? Le respect des droits acquis entre en conflit avec la protection due aux usagers qui ont tout intérêt à voir adopter le nouveau régime.

Contrairement à l'auteur de la proposition de loi, la Commission et la Chambre ont introduit un régime transitoire.

Quelles auraient pu être les conséquences d'une disposition soumettant immédiatement les lignes ou distributions déjà autorisées au nouveau régime ?

On enseigne parfois qu'aucun recours contentieux n'est possible contre la loi. Ceci ne laisse pas d'être exact d'un recours en annulation ; mais, en est-il de même lorsqu'il s'agit d'un recours de pleine juridiction ? Les permissionnaires dont le législateur méconnaîtrait les droits acquis seraient-ils fondés à intenter une action en indemnité ?

Nous croyons qu'il n'est pas inutile d'ouvrir une parenthèse et d'examiner quel est l'état de la jurisprudence sur ce point.

Jusqu'à une époque assez récente, la question était fort simple et le juge opposait une fin de non

(48) Voir le texte de la proposition (annexe).

recevoir (48). Par ailleurs, on excipait de l'irresponsabilité de la puissance publique.

Sur tous ces points, la jurisprudence a évolué. Le juge administratif (seul compétent en la matière) n'oppose plus, *a priori*, la fin de non recevoir tirée de son incompétence, surtout lorsque les actes de puissance publique modifient les conditions d'exécution des contrats. S'il rejette l'action en indemnité que le demandeur fait valoir à l'encontre de l'intervention législative, il la rejette « au fond » après s'être livré à un examen de l'espèce qui lui est soumise. Le juge

(49) Conseil d'Etat, 7 décembre 1894, Compagnie Algérienne. Rec., p. 660. Conclusions Arrivière. Cpr. Laferrière : Traité de la juridiction administrative : « ...Il est de principe que les dommages causés à des particuliers par des mesures législatives ne leur ouvrent aucun droit à indemnité. La loi est, en effet, un acte de souveraineté, et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous, sans qu'on puisse réclamer d'elle aucune compensation. Le législateur peut seul apprécier, d'après la nature et la gravité du dommage, d'apres les nécessités et les ressources de l'Etat, s'il doit accorder cette compensation, les juridictions ne peuvent pas l'allouer à sa place, elles ne peuvent qu'en évaluer le montant d'après les bases et dans les formes prévues par la loi.

...Les questions d'indemnité qui naissent d'une loi relèvent tout entière de cette loi ; la juridiction administrative... ne peut connaître d'une action tendant à faire déclarer l'Etat débiteur que si la loi a créé cette action ».

Cpr. Conseil d'Etat. 11 janvier 1838. Rec., p. 15, Duchatelier ; 6 août 1852, Rec. p. 353, Ferrier ; 4 avril 1879, Rec., p. 285, Goupy ; 12 janvier 1883, Barbe, Rec., p. 86.

Cf. H. Berthélemy. Revue de Droit public 1907, p. 92 et 1908, p. 58 ; G. Jèze. Revue de Droit public, p. 116 et s. ; Louis Rolland. Chronique administrative, Revue du Droit public, 1910, p. 116 et s. ; Despax, De la Responsabilité de l'Etat en matière d'actes législatifs et réglementaires (Thèse) 1909 ; Teissier, De la responsabilité de la puissance publique, 1906, n° 17, n° 22, n° 23 ; Michoud, De la responsabilité de l'Etat, Revue du Droit public, 1895, II, p. 254 ; et surtout L. Duguit, Traité de Droit Constitutionnel 1911, p. 160 et s.

administratif peut se permettre cet examen « au fond » puisqu'il reconnaît la responsabilité de la puissance publique (50).

A l'heure actuelle, la jurisprudence administrative admet que des mesures législatives venant bouleverser l'exécution d'un contrat, peuvent donner lieu à l'allocation d'une indemnité.

Si le législateur a pris soin de préciser que la puissance publique ne pouvait encourir de responsabilité, le juge estime ne pouvoir aller à l'encontre du législateur. Nous inclinons, néanmoins, à réserver le cas où cette mesure serait inconstitutionnelle. Ainsi que le démontre M. Hauriou, il existe en France des moyens pratiques de réaliser le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Le juge peut se saisir de la question de la constitutionnalité de la loi, lorsqu'elle lui sera soumise dans un litige, et les lois des 16-24 août 1790, la constitution des 3-14 septembre 1791, voire l'article 127 du Code Pénal ne sauraient lui être opposés. Sans cette faculté, la fonction contentieuse du juge est incomplète. Au

(50) Cpr. Conseil d'Etat. 27 juillet 1906. Compagnie P.-L.-M., Bayle et consorts de Werbrouck. Rec. page 702. Conclusions Teissier. Le Conseil d'Etat a jugé que, lorsque le Préfet, usant des pouvoirs qu'il tient de l'article 50 de la loi du 27 juillet 1880, interdit aux concessionnaires d'une mine d'exécuter sans autorisation aucun travail souterrain à moins de 20 mètres des limites d'un chemin de fer, la sujétion qui résulte dans l'avenir de cette prescription, pour les parties de la mine qui n'ont pas encore été exploitées, ne donne naissance à aucun droit à l'indemnité ; mais contrairement à sa jurisprudence antérieure, il a admis le droit à l'indemnité pour les parties ouvertes à l'exploitation ou se trouvant dans le prolongement des filons déjà attaqués.

reste, le Tribunal des Conflits (30 juillet 1873, Pelletier) et le Conseil d'Etat 7 août 1909 Winckell, 1er mars 1912 Tichit) ont posé les jalons d'un contrôle dont la nécessité se fait de plus en plus sentir (51). Au cas où le législateur n'a pas stipulé l'irresponsabilité de la puissance publique, le juge s'efforce de rechercher l'intention présumée du législateur. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a décidé que les communes devaient supporter — sous réserve d'une indemnité — les conséquences de la loi de 1913, aux termes de laquelle les services militaires rentrent en ligne de compte pour l'établissement des retraites des employés communaux.

Lorsqu'il s'agit d'une loi à portée générale, d'une « loi sociale faite non pas dans l'intérêt propre de l'Etat, personne morale, mais dans l'intérêt de la société tout entière », le Conseil d'Etat refuse toute indemnité (52).

Par contre, si la législation n'a qu'une portée spéciale et si le législateur n'a pas formulé son intention d'exclure toute responsabilité, le juge pourra, eu égard aux circonstances, allouer une indemnité. Il doit en être ainsi notamment lorsqu'il s'agit de mesures prises directement contre le contractant ou

(51) M. Hauriou. Précis de Droit Constitutionnel, 1923, p. 302 et s., p. 313 et s. ; Cf. Carré de Malberg, Théorie générale de l'Etat, t. II, p. 607 et s. ; Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, 1re édit., t. I, p. 152 et s. ; F. Gény, Méthode d'interprétation en droit privé, 2e édition, 1919, t. I, p. 77 à 84.

(52) Conseil d'Etat. 10 janvier 1908. Noiré et Beyssac. Conclusions Tardieu. Rec., p. 28. Cpr. 9 avril 1897. Gaz de Montluçon. Rec., p. 315. 29 décembre 1895, p. 878. 29 décembre 1905. Bardy, p. 1015. 20 mai 1904, p. 425. Compagnie Marseillaise de Navigation.

dans l'intérêt fiscal de l'Etat ou d'une industrie exploitée par l'Etat (53).

La proposition de loi précitée aurait pu ne prévoir aucune disposition transitoire et laisser aux permissionnaires le soin de porter leurs griefs devant la juridiction compétente. Ce procédé eut été peu satisfaisant. Il aurait contribué à l'encombrement du prétoire et il importe aussi que le législateur respecte les principes qui sont à la base de nos conceptions juridiques.

On pouvait, du reste, s'inspirer d'un précédent analogue : celui de la loi du 16 octobre 1919. Cette dernière prévoit que les « entreprises autorisées à la date de la promulgation de la loi demeurent pendant 75 ans, à compter de la même date, soumises au régime qui leur était antérieurement applicable » (54). Ces entreprises ont une grande similitude avec la permission de voirie publique puisque, comme elle, elles avaient été données pour une durée indéterminée. Il s'agit donc bien d'une expropriation partielle puisque la loi du 16 octobre 1919 substitue à une propriété perpétuelle une propriété à durée limitée et faisant retour à l'Etat (55). Aussi, par analogie avec la loi du 16 octobre 1919, la proposition tendant à la modification de la loi du 15 juin 1906 stipule que les permissions antérieures demeurent soumises à leur propre régime jusqu'à l'expiration

(53) Conclusions Tardieu. 10 janvier 1908. Rec., p. 28.
(54) Voir travaux préparatoires de la loi du 16 octobre 1919.
(55) Voir rapport Charlot. Chambre des Députés. Documents Parlementaires, 1922, p. 1558.

d'une durée de 30 ans et, en tout cas, jusqu'au 15 juin 1936, à moins qu'au cours de cette période elles ne passent sous le régime de la concession. Est-ce à dire que ces entreprises conserveront pendant trente ans leur entière liberté ? Non pas. Celles qui exploitent des distributions fournissant directement ou in directement de l'énergie au public devront livrer cette énergie à des tarifs maxima, susceptibles de revision et établis suivant les règles précitées (56).

Sans vouloir empiéter sur la conclusion du présent chapitre, nous tenons à présenter quelques remarques qui nous sont inspirées par les considérations précédentes.

Nous assistons à une évolution qui tend à la restriction des droits individuels. Cette évolution n'est pas spéciale au droit public, elle a une autre envergure et embrasse tout le droit (57).

(56) « Dans l'intérêt public, l'Etat a le droit de taxer les denrées de premières nécessité. L'énergie électrique peut l'être d'autant mieux que sa distribution en fait un service public utilisant des voies publiques, jouissant de certaines garanties des pouvoirs publics et constituant ainsi un monopole de fait ». Rapport Charlot.

(57) Comparer « l'abus des droits » (Cf. Planiol, tome III, N^os^ 870 et suivants). Jusqu'à une époque assez récente, on admettait le principe du libre usage des droits et « l'irresponsabilité des actes licites même quand ils sont nuisibles à autrui. (Trib. Civ. de Lyon, 9 décembre 1904.. D. 1908-2-102 ; Cass. 20 février 1911. S. 1911-1-510). Cpr. Digeste, Livre I. tit. 17 fr. 55 : « Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur » et « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non hobet » (Ibid. fr. 151). A l'heure actuelle, on tend parfois à la restriction des droits et l'on parle de « l'abus des droits ». (Cf. J. Bosq, Essai sur les éléments constitutifs du délit civil, Montpellier 1901. J. Charmon, l'abus du droit ; (Revue de Droit Civil 1902, p. 113 ; Cass., 15 mars 1910. D. 1913-1-44, Colmar,

Elle opère sous l'influence des phénomènes économiques et sociaux. Dans la matière des permissions de voirie, on est parti d'une conception très large. En dépit des principes, les occupations du domaine public n'ont jamais été « précaires et révocables ». C'est un droit de jouissance quasi perpétuel qui est en fait octroyé aux permissionnaires. Conception exagérée et que la pratique administrative s'est efforcée de modifier. On est hostile, tout d'abord, à l'établissement d'entreprises d'intérêt public par voie de permissions tendant à l'occupation du domaine, puis on finit par s'apercevoir qu'il y a là un procédé assez souple et susceptible de concurrencer utilement celui du service public. Le système de la permission de voirie n'était pas à rejeter mais à perfectionner. Ce qu'il fallait c'était opérer une sérieuse restriction des droits individuels des permissionnaires en ne reconnaissant plus qu'une durée limitée à l'autorisation dont ils bénéficient. Nous n'assimilons pas pourtant la propriété minière aux permissions de voirie, mais force nous est de noter dès à présent qu'il existe entre elles une certaine analogie. En matière de mines, ainsi que nous aurons l'occasion de l'étudier, on est parti d'une conception exagérée, puis, sous l'influence des phénomènes économiques et sociaux, la législation s'est assagie.

Au fond, la limitation des droits et leur réglementation ne sont que des effets d'une cause d'appa-

2 mai 1855, D. 1856-2-9 ; Cass. 24 juillet 1907 D. 1908-1-62 etc...

Cf. L. Duguit. Traité de Droit Constitutionnel. Tome I, p. 9 et s.

rence très vague, mais qui n'en est pas moins très efficace : l'intérêt public. Toutes nos institutions ont à leur base l'affectation à l'utilité sociale (58).

Il va nous être donné de constater que l'évolution s'est encore mieux dessinée dans d'autres domaines et qu'elle s'est très étroitement conformée aux principes généraux que nous énoncions au chapitre précédent.

Section III

La permission de voirie et l'outillage des ports

Nous avons cru nécessaire de consacrer quelques développements à un système de permission de voirie, qui est utilisé pour l'outillage des ports.

La navigation a besoin d'un certain nombre de services accessoires, complétant le port : treuils,

(58) L'utilité sociale est un facteur puissant. N'est-ce pas l'utilité sociale qui a motivé l'évolution qui s'est produite en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique ? Qu'on se représente l'écart existant entre la loi du 3 mai 1841 et celle du 6 novembre 1918.

Rappelons quelques-unes des étapes : décret loi du 26 mars 1852 sur l'embellissement des villes. Lois du 14 juillet 1856 sur les sources d'eaux minérales, du 21 juin 1865 sur les Associations Syndicales, du 4 avril 1882 sur les travaux en montagne, du 30 mars 1887 sur les monuments historiques (mod. le 31 décembre 1913), du 13 avril 1900 sur les bornes de triangulation cadastrale, du 21 avril 1906 sur la protection des sites et monuments naturels, du 17 juin 1915 sur l'expropriation pour cause d'insalubrité... etc... Cpr. La proposition de loi de M. de Jouvenel, sénateur, relative à l'expropriation en vue de l'établissement de terrains sportifs (votée par le Sénat en deuxième délibération le 9 mars 1923 et transmise à la Chambre des Députés le 14 mars 1923).

grues, docks, etc... Pendant d'assez nombreuses années, on n'avait eu recours qu'à l'initiative privée. Ce n'est qu'à une époque assez récente que l'on a songé à doter nos ports d'un outillage public. Les Chambres de commerce obtinrent la création et l'exploitation d'un service d'outillage et la loi du 9 avril 1898 confirma cette pratique. Entre temps, il avait été procédé à la rédaction d'un cahier des charges type du 19 janvier 1886. Ce type prévoyait sous une forme unique, en apparence, deux régimes distincts, à savoir : un régime de concession de travaux publics et un système d'autorisation frappée de précarité.

Il ne nous a pas paru intéressant d'entreprendre l'étude de cette réglementation. Nous remarquerons toutefois, qu'une certaine confusion avait régné lors de l'élaboration du cahier des charges type de 1886 ; on avait omis d'opérer un départ très net entre deux situations juridiques pourtant bien dissemblables.

En 1915, l'Administration opéra une réforme qui aboutit à la rédaction de trois cahiers des charges, tous trois arrêtés par le Conseil d'Etat et annexés à la circulaire du 30 janvier 1915. Celle-ci distingue deux systèmes : d'une part la concession d'outillage aux particuliers (59) et aux Chambres de commerce (60), et d'autre part un système d'autorisation d'outillage privé avec obligation de service public (61).

La concession, qu'elle soit faite aux particuliers

(59) Cahier des charges n° 1.
(60) Cahier des charges n° 1 *bis*.
(61) Cahier des charges, n° 2.

ou aux Chambres de commerce, comporte un régime juridique équivalent. C'est une concession de travaux publics, régie par la loi du 27 juillet 1870. Le régime administratif est le même dans les deux cas, et la Chambre de commerce a, au regard de l'Etat, les mêmes obligations et jouit des mêmes droits qu'un concessionnaire ordinaire : mais elle est un établissement public dont la tutelle appartient au Ministre du Commerce (62). La durée de la concession ne peut être supérieure à cinquante ans (63) ; le concessionnaire est astreint à verser un cautionnement et le concédant stipule formellement son droit de rachat (64).

Le cahier des charges n° 2 prévoit un système d'autorisation d'outillage privé avec obligation de service au public. Il s'agit ici d'une permission de voirie d'une technique très particulière. Au point de vue de l'usage public, ce régime ressemble beaucoup

(62) Par suite, il était nécessaire d'adopter pour l'approbation des comptes, comme pour le régime financier, des règles spéciales visant l'affectation des taxes et leur révision. Les taxes perçues doivent être affectées à l'établissement, à l'usure du matériel et au service de l'amortissement des emprunts. Le cahier des charges prévoit, ensuite, la constitution d'un fonds de réserve. Dès que celui-ci dépasse un certain chiffre, les taxes peuvent être réduites. Il convient d'ajouter que ces taxes sont loin de couvrir intégralement les dépenses d'établissement et qu'il faut encore avoir recours à la perception de droits de tonnage généraux.

Au reste, les règles concernant l'affectation des taxes et leur relèvement ne sont que l'application des principes de droit commun en matière de services gérés par les Chambres de Commerce. (Loi du 9 avril 1898, art. 14.)

(63) Art. 42 des cahiers des charges n° 1 et n° 1 *bis*.

(64) Art. 44 du cahier des charges, n° 1.

à la concession, mais il répond pourtant à des situations de l'Etat et de l'exploitant bien différentes.

L'autorisation a pour objet l'outillage privé des ports et l'exploitation de cet outillage. Sa durée ne peut, en aucune circonstance, être supérieure à quinze ans (65). On prévoit cependant qu'elle peut être renouvelée, mais dans ce cas la durée nouvelle de l'autorisation ne peut dépasser dix ans. Le permissionnaire est tenu de constituer un cautionnement. Cette dernière disposition tend à devenir d'une application de plus en plus fréquente en droit administratif (66).

Nous étudierons successivement les règles concernant l'installation des ouvrages et l'exploitation du service.

Le permissionnaire se trouve soumis à un contrôle très étroit, tant en ce qui concerne les projets d'exécution que pour l'exécution même des travaux. Le contrôle est exercé sous l'autorité du Ministre, et celui-ci aura le droit de prescrire les modifications utiles pour assurer la liberté de la circulation sur les quais.

Les travaux de première installation doivent être terminés dans un délai fixé par l'Administration, sinon le permissionnaire s'expose, *ipso facto*, à perdre le bénéfice de l'autorisation (67).

(65) Art. 27 du cahier des charges n° 2. Cpr. art. 2 de la proposition de loi tendant à modifier la loi du 15 juin 1906.

(66) Cpr. Loi du 31 juillet 1913.

(67) Les travaux entrepris par le permissionnaire n'ont pas le caractère de travaux publics et se différencient ainsi des travaux entrepris par les divers concessionnaires.

L'exploitation des ouvrages se divise en exploitation technique et en exploitation commerciale. Le cahier des charges ne fait pas cette distinction, mais elle nous paraît rationnelle.

L'exploitation technique est sévèrement réglementée. Les ouvrages doivent être maintenus en bon état afin de convenir « parfaitement » à l'usage auquel ils sont destinés. On aperçoit nettement le souci d'assurer la protection du public et de ménager ainsi les intérêts du port.

Le permissionnaire est tenu de mettre ses appareils à la disposition du public. D'ailleurs, l'usage des installations reste toujours facultatif. Dans cet ordre d'idées, le cahier des charges-types a pris soin de stipuler qu'aucune réclamation ne serait admise dans le cas où d'autres outillages publics ou privés seraient autorisés dans le port.

Des tiers peuvent être lésés au cours de l'exploitation. Les indemnités qui leur sont dues sont à la charge du permissionnaire (68).

Enfin, « toute cession partielle ou totale, tout changement de permission, ne pourront avoir lieu, à peine de retrait, qu'en vertu d'une autorisation du Ministre des Travaux Publics ».

L'exploitation commerciale comprend surtout

(68) Le cahier des charges ne spécifie pas les juridictions auxquelles il faudra s'adresser, mais c'est sans aucun doute l'autorité judiciaire qui sera compétente. Durant la construction de l'ouvrage et son exploitation, les rapports qu'entretient le permissionnaire et les usagers sont des rapports de droit privé. Les litiges se rattachant à l'exploitation d'un service public concédé sont eux aussi de la compétence judiciaire, à moins qu'ils n'aient trait à l'existence d'un ouvrage public.

l'étude des *tarifs*. Les innovations sont hardies. On retrouve stipulées, dans le cahier des charges-types, la plupart des prescriptions qui sont d'usage en matière de concession. L'étude des tarifs peut se ramener à l'examen des quatre questions suivantes : fixation des taxes maxima, publicité des tarifs, modifications apportées aux tarifs et perception des taxes.

Le cahier des charges fixe des *tarifs maxima*. Cette mesure édictée dans un but louable de protection du public est particulièrement intéressante.

Les tarifs sont rendus publics.

Le permissionnaire pourra, s'il le juge convenable, abaisser les taxes avec ou sans conditions, au-dessous des limites déterminées par les tarifs maxima. Les taxes ainsi abaissées ne pourront être relevées qu'après un délai de trois mois.

La perception des taxes devra se faire sans aucune faveur, étant entendu, néanmoins, que des traités peuvent être passés entre le permissionnaire et l'Administration dans l'intérêt des services publics.

Il nous reste, après avoir esquissé l'exploitation technique et commerciale, à envisager le retrait de l'autorisation.

Le retrait est prononcé par décret en Conseil d'Etat, dans le cas où, en dehors de la force majeure, le permissionnaire n'observe pas les prescriptions qui lui ont été imposées.

A l'expiration de l'autorisation, provoquée soit par l'arrivée du terme ou par le retrait « le permissionnaire sera tenu d'enlever lesdites installations et tous les engins qui en dépendent. Il pourra être

dispensé par le Ministre de remettre les lieux en état, s'il fait abandon pur et simple des engins, appareils et installations qui les occupent et leurs dépendances immobilières ».

D'aucuns prétendront que ces autorisations ne sont plus des permissions de voirie. En fait, elles ont toujours à leur base le régime juridique de la permission de voirie.

Ces permissions prévues par le cahier des charges-types de 1915 sont l'aboutissement des doléances si souvent exprimées. S'inspirant des conceptions jurisprudentielles, et entrant dans la voie des réalisations hardies, le pouvoir administratif est arrivé à un « conditionnement » qui paraît pour le moins satisfaisant.

A quelle conception juridique correspond l'autorisation d'outillage du cahier des charges de 1915? Les cahiers des charges de 1915 ont créé un système de permission d'intérêt public. Nous retrouvons ici cette idée directrice que nous avons souvent mise en lumière, à savoir qu'il existe des systèmes intermédiaires entre l'entreprise privée et le service public administratif.

Les autorisations d'outillage s'analysent d'une part en une permission de voirie et d'autre part en un contrat pour l'exécution des services publics, puisque cette autorisation d'outillage privé comporte des « obligations de services » au public.

Nous sommes donc amenés à étudier la permission de voirie et les stipulations édictées par l'Administration en vue d'assurer la protection des usagers.

Tout en constituant une innovation, la permission d'outillage n'en comporte pas moins l'application d'un certain nombre de principes traditionnels.

Les demandeurs n'ont aucun droit à l'obtention de la permission, sauf à l'Administration à ne pas commettre un détournement de pouvoir ou à ne pas invoquer un motif de droit erroné. Au fait, étant donné les stipulations prévues en faveur du public et le caractère temporaire de la permission, l'Administration n'a plus à se montrer aussi scrupuleuse que jadis. Il y aura lieu d'utiliser le système des autorisations d'outillage privé, lorsque l'opération ne paraîtra pas mériter une déclaration d'utilité publique.

L'autorisation est limitée quant à sa durée. Elle peut être retirée à titre de sanction : « Faute par le permissionnaire de remplir les obligations qui lui sont imposées par l'autorisation et sauf le cas de circonstances de force majeure dûment constatées, il encourra le retrait de cette autorisation » (69). Le retrait doit être prononcé par décret rendu en Conseil d'Etat. Cette procédure offre par elle-même une garantie sérieuse au permissionnaire. Celui-ci a, en outre, la faculté d'attaquer par voie contentieuse ses obligations, ou lorsque, ayant excipé de circonstances de force majeure, l'Administration aura passé outre. Dans ces hypothèses, le Conseil d'Etat sera bien juge du fait.

Le permissionnaire a-t-il un droit acquis au

(69) Art. 28 du cahier des charges.

maintien de son autorisation pour la durée qui lui a été fixée ? En aucune façon ...« à toute époque, l'Administration statuant le permissionnaire entendu, pourra prononcer, dans l'intérêt public, la suppression, soit momentanée, soit définitive, d'une partie ou de la totalité des installations autorisées ». Il n'en reste pas moins que le permissionnaire aura toujours, d'après l'application des principes généraux du contentieux administratif, l'exercice du recours pour excès de pouvoir. La suppression des ouvrages, pour être légale, doit être prononcée par l'autorité compétente (70) « statuant le permissionnaire entendu ». Ces questions de forme ne sont pas embarrassantes pour l'Administration. Mais le cahier des charges ne prévoit-il pas que la suppression doit être prononcée dans l'intérêt public ? Cette expression est large ; elle nous paraît même trop large. N'y a-t-il pas lieu de craindre que la jurisprudence administrative se retrouve devant des difficultés analogues à celles qu'elle a déjà connues lorsqu'il s'agissait de prononcer le retrait des permissions de voirie dans l'intérêt du domaine public ?

Le permissionnaire dont les ouvrages auront été supprimés en totalité ou en partie, aura droit à une indemnité s'il est prouvé qu'il subit un dommage. A défaut d'entente amiable, quelle pourra être la juridiction compétente ? Le seul texte du cahier des charges est assez laconique: « à défaut d'entente amia-

(70) Décret en Conseil d'Etat ou Ministre des Travaux Publics.

ble, l'indemnité sera fixée par voie contentieuse ». La question ne faisait peut-être pas de doute pour les rédacteurs de cette disposition, mais elle n'en mérite pas moins d'être précisée, car elle nous amène à reprendre le deuxième élément d'analyse : à savoir que les autorisations d'outillage participent de la forme contractuelle. Nous sommes en présence d'un contrat administratif qui a pour acte soutien une permission. Ce contrat est passé par l'Etat dans l'intérêt de la bonne exploitation du port avec stipulation de service au public. Ceci nous amènerait logiquement à nous prononcer en faveur de la compétence du Conseil d'Etat. Nous ne croyons pas toutefois que cette solution soit exacte. L'autorisation d'outillage comporte une permission de voirie sur les quais qui font partie du domaine public et de la grande voirie. Aussi peut-on faire application de la loi du 28 pluviôse, an VIII, dont l'article IV, paragraphe 5, stipule que le Conseil de Préfecture prononcera sur toutes les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie.

Telle est la situation juridique créée par la nouvelle réglementation de 1915.

C'est un procédé concurrent du service public ; et la preuve en est fournie par ce fait que l'Administration prévoit bien, à côté des autorisations d'outillage, deux systèmes de concession. L'Etat n'a pas jugé que l'entreprise méritait une déclaration d'utilité publique. Toutefois, les autorisations n'en sont pas moins accordées par décret en Conseil d'Etat.

Il n'y a donc, au point de vue de la procédure, aucune différence entre la concession et la permission. Mais, dans un cas, il y a affirmation très nette du procédé du service public, et dans l'autre, nous assistons à l'établissement d'une entreprise d'intérêt public. Les usagers utiliseront indifféremment les appareils du concessionnaire ou du permissionnaire. Cette indifférence de leur part s'expliquera d'autant mieux qu'ils n'ont guère à craindre ce que l'on appellerait volontiers les brimades du permissionnaire. La puissance publique n'est pas désarmée ; elle conserve à sa disposition tout un jeu de sanctions efficaces.

Afin de donner une vue aussi complète que possible du procédé de la permission, il nous reste maintenant à envisager la permission de voirie fluviale.

Section IV

La permission de voirie fluviale (71)

La permission de voirie fluviale ne regarde que les cours d'eau qui font partie du domaine public.

La législation récente sur l'utilisation de l'énergie hydraulique a introduit des règles nouvelles que nous aurons, par ailleurs, l'occasion de préciser. Quoiqu'il en soit, bien des principes subsistent. Au

(71) *Bibliographie.* Fabreguettes. Traité des eaux publiques et privées. — Alfred Picard. Traité des Eaux.

reste, les prises d'eau peuvent avoir un autre but d'intérêt général que celui de l'utilisation de l'énergie hydraulique.

Nous n'avons pas ici à reproduire des règles traditionnelles qui sont connues (72). Il nous appartient seulement de rechercher quelques indications se rapportant au sujet que nous traitons.

Le lit et l'eau des cours d'eau navigables font partie du domaine public. Toute prise d'eau doit donc être autorisée (73). Cette autorisation qui n'est autre qu'une permission de voirie est essentiellement précaire et révocable. Nous avons à peine besoin d'ajouter, qu'en fait, le développement du « détournement de pouvoir » a contribué à conférer aux permissions de voirie fluviale une durée illimitée. La pratique administrative s'est efforcée de remédier aux inconvénients d'une pareille situation, par des moyens qui se rapprochent de ceux que nous avons déjà rencontrés. Il serait toutefois exagéré de

(72) D'après les règles anciennes, l'Administration est libre de refuser et celui dont la demande a été rejetée ne peut se pourvoir par voie contentieuse (Conseil d'État, 26 janvier 1912. Lucq, Rec., p. 114).

En raison de l'évolution de la jurisprudence, déjà signalée à propos des permissions de voirie terrestre, le recours peut être admis en cas d'erreur de droit ou de détournement de pouvoir.

(73) Art. 40 à 42 de la loi du 8 avril 1898 ; sinon il y aurait « entreprise » sur le domaine public d'où contravention de grande voirie (loi du 29 floréal, an X, ordonnance de 1669 et arrêt du Conseil du 24 juin 1777, pour la Marne et les autres rivières navigables), à moins que la prise d'eau ne soit antérieure à l'Edit de Moulins de 1566 ou ne provienne d'une vente nationale.

croire que l'Administration a suivi exactement en matière de voirie fluviale les mêmes errements qu'en matière de voirie terrestre. Une instruction du 16 Thermidor, an VI décide déjà que l'usinier qui veut opérer une modification importante, doit au préalable obtenir l'autorisation de l'Administration. Remarquons que bon nombre de dispositions prévues au début ou au milieu du XIX^{e} siècle ont été peu à peu perdues de vue. C'est le mérite de la circulaire de 1905 de les avoir rappelées et complétées (74).

A partir de 1905, les autorisations sont données sous une forme moins libérale et l'Administration reprend conscience de ses droits. Les permissions sont mieux réglementées. C'est à cette époque que paraît le règlement d'administration publique prévu par l'article 12 de la loi de 1898 et qui a trait à la procédure à suivre pour la délivrance des permissions de voirie fluviale. L'acte d'autorisation doit déterminer ce que la terminologie usitée nomme : « la consistance légale de l'établissement », et fixer le niveau et la dimension des vannes motrices et déversoires. On veut ne pas perdre de vue la protection des intérêts généraux. Il ne faut pas que l'autorisation confère au permissionnaire des droits

(74) Pour les modifications extérieures, le Conseil d'Etat exigea dans tous les cas une autorisation (Conseil d'Etat 22 novembre 1851. Compagnie concessionnaire de Canal de jonction de la Sambre à l'Oise. Rec. p. 697 ; puis il admit qu'une autorisation n'était pas nécessaire si la modification n'avait pas d'influence sur le régime des cours d'eau (Conseil d'Etat, 28 juillet 1866. Ulrich. Rec. p. 885).

exorbitants susceptibles de nuire aux autres riverains ou de gêner la bonne marche des services publics. Il est prévu toute une série d'enquêtes dans la procédure desquelles nous n'avons pas à entrer, mais qui trahissent le souci de limiter efficacement les droits conférés au titulaire de la prise d'eau (75).

Il convient, au surplus, de ne pas exagérer les mérites de cette réglementation. Les efforts de l'Administration ne portent que sur la détermination très précise des ouvrages régulateurs ; mais le permissionnaire peut, dans la limite de ces mêmes ouvrages, exploiter sa prise d'eau en toute liberté (76). L'Administration a bien aperçu le danger, et depuis 1910 environ, elle a prévu certaines clauses destinées à assurer un conditionnement plus étroit. Lorsqu'une autorisation est demandée, le Conseil d'Etat ou l'autorité préfectorale, suivant leur

(75) Outre la protection accordée aux riverains d'amont, l'Administration a en vue la sauvegarde des services publics existants ou éventuels. Toutes ces régles ont été inspirées par le Conseil Général des Ponts et Chaussées et la Section des Travaux Publics du Conseil d'Etat. A rapprocher de la circulaire du Ministre des Travaux Publics du 23 octobre 1851, modifiée par la circulaire du 27 juillet 1852.

(76) Remarquons que certains cours d'eau la (Seine en particulier, dans l'étendue du département de la Seine, arrêté ministériel du 2 mars 1809. Décret du 10 octobre 1859) se sont trouvés, de bonne heure, soumis à un régime spécial. Le décret du 10 octobre 1859 (art. 1, 4 et 3) stipule que les établissements ne peuvent être ni vendus, ni loués, ni même remplacés, sans une autorisation du Préfet de la Seine, qui doit prendre l'avis du Préfet de Police. La compétence du Préfet de la Seine est même extradépartementale (rivière de l'Ourcq et canal qui la prolonge).

compétence respective, insèrent dans l'acte accordant la permission, des prescriptions tendant à ménager une manière de contrôle administratif et qui varient suivant les espèces. Voici quelques-unes des prescriptions les plus fréquemment usitées. Il est interdit à une même entreprise d'être titulaire de plusieurs permissions ou d'opérer un changement d'affectation. Tant que la prise d'eau n'est pas définitive, une autorisation est nécessaire. La déchéance est prononcée au cas où le permissionnaire n'observerait pas les dites prescriptions. Le progrès est indéniable, mais il n'est pas considérable.

Quelle est exactement la situation réservée au permissionnaire ? Le fonctionnement même de l'exploitation n'est pas réglementé puisque le permissionnaire possède le droit de modifier les ouvrages intérieurs à condition de respecter les ouvrages régulateurs de la prise d'eau.

L'Administration peut retirer la permission dans les cas prévus par l'article 45 de la loi du 8 avril 1898. Elle doit agir dans l'intérêt de la navigation, de l'agriculture et de la sécurité, c'est-à-dire dans un intérêt public. La déchéance ainsi que le retrait ne donnent lieu à aucune indemnité (77).

Les rapports que le permissionnaire entretient

(77) Une indemnité est accordée au cas où des travaux publics portent atteinte à une prise d'eau, sans que l'Administration ait, au préalable, respecté les formalités requises (Conseil d'Etat, 26 janvier 1912). Le dommage indemnisé correspond à l'atteinte portée à « la consistance effective dans la limite de la consistance légale ».

avec les usagers sont des rapports de droit privé. Il peut, après le recolement des travaux, céder valablement ses droits sans avoir recours à une autorisation administrative (78).

On nous accusera, peut-être, de nous être placé à un point de vue trop positif. Nous avons pensé qu'il était nécessaire d'entrer dans ces développements afin de mieux posséder la technique du procédé, et de porter une vue d'ensemble sur la permission de voirie.

Section V

Conclusion

Envisagé dans sa conception primitive, le procédé de la permission de voirie est peu satisfaisant En dépit des principes, on confère, en fait, des droits exorbitants à une entreprise sans en exiger d'elle la contrepartie. La protection des usagers est entièrement méconnue.

Il est facile, non pas d'excuser, mais de comprendre les erreurs commises par l'Administration. Celle-ci s'imaginait volontiers que le procédé serait peu utilisé et qu'il n'intéresserait que des entreprises « strictement privées ». La puissance publique a cru qu'il y avait une cloison étanche entre le pro-

(78) Conseil d'Etat, 11 février 1887. Brunet. Rec. 149.

cédé du service public et celui de l'entreprise privée.

Dans certaines hypothèses, l'Administration a provoqué un contrôle et une réglementation émanant de son pouvoir propre ; mais, en règle générale, elle a méconnu, pendant longtemps, le profit qu'elle pouvait retirer du procédé de la permission en le perfectionnant. Elle a pris soin, à maintes reprises, d'indiquer les différences qui séparent la permission de la concession et s'est acquis, par persuasion, la conviction de l'inefficacité du procédé de la permission en vue de l'établissement des entreprises d'intérêt public. Ce sont là les erreurs initiales. Par la suite, l'Administration s'est efforcée de réparer tardivement son manque de perspicacité, mais il n'en reste pas moins qu'il est grave d'avoir méconnu qu'immédiatement au-dessous du service public il y a place pour des entreprises chargées de gérer un service intéressant la collectivité.

Ainsi que nous l'exposions au Chapitre IV, la permission implique une situation privilégiée qui appelle une contrepartie. Le droit de *conditionnement* doit être normalement reconnu à l'Administration. Quand un particulier est contraint, ses propres droits étant épuisés ou limités, d'avoir recours à l'Administration, celle-ci doit pouvoir très

(79) Que dire de ces permissionnaires qui souvent, comme c'est le cas pour les distributions d'énergie électrique « se permettent (au mépris du principe que nul n'a le droit de se faire justice à soi-même) de couper le courant à l'abonné qui ne veut pas accepter leurs nouvelles exigences, au risque de ruiner son commerce et son industrie ? ». M. Hauriou. Précis de Droit Constitutionnel, p. 142.

logiquement lui imposer certaines charges de telle sorte que par un procédé peu rigide, elle arrivera, si besoin est, à organiser une entreprise d'intérêt public.

Il convient, dans cet ordre d'idées, de corriger certaines formules qui n'ont pour elles que le mérite de la tradition. Au fond, il ne s'agit pas d'opérer une révolution dans les principes qui sont à la base de la domanialité publique. Tout au contraire, il convient d'utiliser cette dernière au mieux de l'intérêt général. Ce dont il faut bien se pénétrer c'est que le service public n'est pas le seul moyen apte à satisfaire aux exigences sociales. Il faut savoir que des entreprises d'intérêt public s'établissent grâce à la permission de voirie. Ce dernier procédé doit être perfectionné. Les cahiers des charges de 1915 et le futur régime des entreprises de distribution électrique nous paraissent comporter bon nombre, sinon la plupart des modifications désirables.

La permission cesse d'être essentiellement précaire et révocable. Du jour où on organise des entreprises d'intérêt public, il faut admettre qu'une certaine régularité est indispensable. La menace d'un retrait — même plus ou moins théorique — capable de survenir à toutes époques sans qu'aucun dédommagement soit consenti n'est pas seulement dangereux pour la vie économique, il est encore préjudiciable aux usagers. Ces derniers n'ont pas à entrer dans les subtilités d'une distinction de régime qui, le plus souvent, leur échappera. Ils exigent un ser-

vice rendu suivant la meilleure formule. La puissance publique n'a que faire de droits trop draconiens.

Les usagers profiteront des stipulations édictées en leur faveur par l'Administration. Celle-ci peut bien stipuler puisque cette stipulation est la condition d'une stipulation qu'elle fait pour elle-même (80). Quelle pourra être l'étendue de ces stipulations ? L'Administration est-elle en droit d'insérer des clauses portant fixation de tarifs ? Une fixation de tarifs n'est autre qu'une des conditions de la permission. Il est en outre une raison qui peut la légitimer. Cette raison est tirée des principes mêmes de l'économie politique. Normalement, la puissance publique n'a pas à intervenir dans la détermination des prix. L'Ecole libérale proteste contre cette taxation, car elle estime qu'il n'est pas possible d'établir « un juste prix » en dehors de celui qui résulte du libre jeu de la loi de l'offre et de la demande. Pourtant l'Ecole libérale atténue volontiers la rigueur de ses principes dans certaines hypothèses qui, précisément, nous intéressent. Elle estime que la taxation — mesure délicate et dangereuse — est légitime dans le cas de monopole conféré par la puissance publique ou encore dans celui de vente sur la voie publique, parce que l'offrant n'est plus placé dans les conditions ordinaires (81). Le permissionnaire est bien souvent titulaire d'un monopole de fait et il utilise les voies publiques. L'Admi-

(80) Article 1121 du Code Civil.

nistration est en droit de réglementer l'exploitation commerciale de l'entreprise. Elle n'a pas à craindre que sa réglementation conduise à des résultats néfastes et illusoires, puisque les conditions normales du marché ne se trouvent pas remplies.

Mais ne risque-t-on pas de s'entendre adresser les critiques suivantes: la permission n'est plus qu'une permission nominale et dans la réalité, elle se confond avec la concession, le cahier des charges adjoint à l'acte d'autorisation est en tous points semblable à celui d'une entreprise concessionnaire ? Ce reproche ne nous semble pas mérité. En fait, la permission se différencie de la concession quant à son objet. Sans doute. il y a là une situation assez subtile, mais qui n'est pas indéchiffrable. Quel critérium établira la discrimination entre l'entreprise d'intérêt public et le service public ? Nous avouons qu'il ne faut pas ambitionner trop de précision. Le droit public repousse les solutions catégoriques. La répartition entre les entreprises d'intérêt public et les services publics variera suivant les époques et les milieux. Elle n'aura pas le caractère factice que certains se plairont à lui donner. Le service public implique une idée de nécessité que nous ne reconnaissons pas, *a priori*, à l'entreprise d'intérêt public ; mais ce n'est pas là une règle absolue car l'entreprise d'intérêt public figure tantôt au-dessous, tantôt à côté du service pu-

(81) Cf. C. Colson. Cours d'Economie politique. Tome I. 1915, p. 199 et s. et p. 307.

blic, comme concurrente ou comme auxiliaire. L'entreprise d'intérêt public n'est pas incorporée aux cadres administratifs. Elle vit en marge de l'Administration dont elle est beaucoup plus éloignée que la concession. Une entreprise d'intérêt public établie par voie de permission, joue le rôle d'établissement d'utilité publique ; celui-ci vit aussi sur la périphérie de la vie administrative. Il est parfois malaisé de distinguer l'établissement public de l'établissement d'utilité publique, encore que des différences très nettes les séparent (82). Pareillement, les entreprises d'intérêt public basées sur la permission de voirie, peuvent ressembler à des services publics concédés mais les différences apparaîtront dans l'acte constitutif (83). La permission est conditionnée par un acte soutien de nature unilatérale.

Enfin, la concession implique l'idée de service public d'où continuité, car la continuité est de l'essence même du service public à moins, toutefois, que des causes sociales et économiques ne militent soudainement en faveur de la suppression ou de l'arrêt momentané du service. Cette dernière hypothèse est exceptionnelle et l'idée de continuité conduira pres-

(82) Conseil d'Etat. Demoiselle Pichot contre Asile de la Providence. 21 juin 1912. Rec., p. 720, conclusions Blum.

(83) Il n'y aura jamais de déclaration d'utilité publique et les travaux n'auront pas le caractère de travaux publics. Remarquons qu'il peut y avoir travail public sans qu'on soit obligé de recourir à l'expropriation, le travail public étant, aux termes de la jurisprudence la plus récente, tout travail exécuté dans un but d'utilité générale pour le compte d'une personne morale administrative (Conseil d'Etat, 10 juin 1921, D. 1922-3-27, conclusions Corneille).

que toujours à l'expiration de la concession, soit à son renouvellement, soit à la passation d'un contrat d'affermage, soit enfin à la substitution du concédant au concessionnaire par voie de rachat. L'Administration a bien la faculté d'accorder le renouvellement de la permission, mais il reste toujours formellement stipulé qu'en cas de non-renouvellement de l'entreprise, le permissionnaire peut être tenu de remettre les lieux dans leur état primitif (84-85). Cette éventualité aide à spécifier les entreprises d'intérêt public. Ce sont des entreprises « stagiaires ».

(84) « Le permissionnaire remettra les lieux en état à moins qu'il ne fasse l'abandon pur et simple à l'Etat des engins, appareils et installations qui les occupent et de leurs dépendances immobilières », art. 30 du cahier des charges du 30 janvier 1915 pour l'outillage des ports.

(85) « Si la permission nest pas renouvelée, le permissionnaire pourra être tenu d'enlever à ses frais et sans indemnité, toutes celles de ses installations qui se trouvent sur ou sous les voies publiques et de rétablir les lieux dans leur état primitif. Il pourra, toutefois, abandonner sans indemnité les canalisations souterraines, à condition qu'elles n'apportent aucune gêne aux services publics ». Article 2 de la proposition de loi tendant à compléter le régime auquel sont soumises les sociétés de production et de distribution d'électricité.

CHAPITRE VI

LA PERMISSION DE POLICE

SOMMAIRE : Section I. — *De la notion de police.*

Section II. — *De la permission de police.*

Section III. — *D'une comparaison entre la permission de police et la permission de voirie.*

Section I

De la notion de Police

La permission de police est la réglementation d'un droit individuel à seule fin d'en prévenir un usage abusif.

On se rappelle que la permission de voirie qui s'entend d'une occupation temporaire du domaine public avec « modification de l'assiette et emprise », est subordonnée à l'obtention d'une autorisation. Au contraire, l'utilisation du domaine public, sans modification de l'assiette ni emprise, telle que le plaçage, le stationnement, la circulation, est un droit dans une certaine mesure. C'est un droit, non pas absolu, mais relatif, et qui implique pour son titulaire l'observation des réglements de police.

L'idée de police est au premier plan. A dire vrai,

il en est toujours ainsi puisque la police domine le droit administratif dans son ensemble.

Nous nous en tiendrons, ici encore, aux grandes lignes du sujet. Si nous nous occupons des permismissions de police, c'est uniquement pour saisir comment elles assurent la création des entreprises d'intérêt public.

Nous ne songeons pas, davantage, à exposer une longue théorie de la police, car nous serions entraînés hors des limites du cadre que nous nous sommes imposés.

La notion de police est vague et imprécise. Une première distinction s'impose entre la police judiciaire et la police administrative. La police administrative embrasse tout le droit public. Quel est son but ? Faire régner préventivement l'ordre public. La police administrative qui est, au fond, l'objet même de l'entreprise administrative, reflète fidèlement la spécification du droit public. Elle s'inspire à la fois de sa souplesse et de sa mobilité.

Son caractère primordial c'est la relativité. Sa portée variera suivant le temps et le milieu. Elle n'est pas résumée dans une formule rigide, mais elle cherche son adaptation aux circonstances économiques et sociales. Elle s'inspire des faits et s'applique à en conditionner les conséquences. Disons encore qu'elle procède immédiatement du pouvoir propre de l'Administration.

Au regard du droit administratif, la police se sépare en deux courants : un premier courant qui est celui de la police administrative proprement dite,

par opposition à la police judiciaire, un second courant, infiniment plus large et qui embrasse la gestion de l'entreprise administrative. Ces deux courants finissent par se rejoindre, car ils ont des traits communs. Maintenir l'ordre dans la rue, édicter des prescriptions de nature à protéger l'individu dans les conditions générales de son existence et de son travail, c'est bien assurer la police.

L'imprécision donnée aux termes peut paraître dangereuse. Si l'intérêt général et la préoccupation d'assurer l'ordre public sont les mobiles du pouvoir de police, il ne faut pas qu'ils soient dépassés. C'est alors qu'apparaissent les restrictions. Mais comment pourra-t-on les opérer ? On contrôlera l'acte de police, en le soumettant à la censure du recours pour excès de pouvoir.

Le pouvoir de police n'appartient pas à toutes les autorités administratives. Il est l'attribut d'autorités peu nombreuses. Ces autorités « individuelles » ont le maniement du pouvoir de police sans avoir — du moins dans la plupart des cas — à en référer à des autorités « collégiales » (1).

Du principe de relativité qui est de l'essence même du pouvoir de police, vont découler diverses conséquences. Les droits de la police administrative varient suivant les lieux dans lesquels elle est appelée à intervenir. Malgré sa puissance, la police peut se heurter à l'exercice des droits individuels, en

(1) Les exceptions à ce principe sont rares, mais il semble qu'elles aient tendance à se multiplier. Citons le cas des règlements sanitaires municipaux (loi du 15 février 1902).

particulier au droit de propriété qui est « le pouvoir privé que les administrés peuvent opposer à l'Administration » (2). L'étendue et la force juridique des droits de la police administrative sont plus considérables lorsque cette dernière est appelée à exercer son action sur les voies publiques. « La police y est chez elle » (3). Nous notions plus haut, que les utilisations sans modification de l'assiette ni emprise du domaine sont des droits dans une certaine mesure, mais que ces droits sont mesurés. Pour parvenir à ses fins, l'Administration réglementera l'exercice de ces droits.

Cette réglementation peut être édictée à un point de vue général sans spécification d'espèces. Mais, on peut concevoir qu'un usager outrepasse la jouissance normale de ses droits. En pareille hypothèse, l'action réglementaire empruntera une autre forme et l'Administration accordera à l'usager un supplément de capacité. Le stationnement, par exemple, est exclusif de toute idée de faveur et d'autorisation. C'est une utilisation normale des voies publiques, mais si le stationnement se prolonge au delà d'une certaine limite, en un mot s'il devient abusif, il cesse d'être un droit pour devenir une faveur. L'Administration qui accordera la « permission » sera bien placée pour la réglementer, sous réserve de respecter la règle de droit. Chose remarquable, ces principes n'ont généralement pas été contestés. L'Administration qui a dans ses attribu-

(2 et 3) M. Hauriou, Précis de Droit Administratif, p. 477, note *b*.

tions la police du domaine, a acquis beaucoup plus tôt que l'administration propriétaire la connaissance exacte de ses moyens (3). C'est la raison pour laquelle on a vu s'organiser depuis longtemps des entreprises d'intérêt public grâce au procédé de la permission de police. Cette pratique a toujours été sanctionnée par la jurisprudence administrative et l'autorité judiciaire.

Section II

De la permission de Police

Les autorités communales pourvoient fréquemment à la création de véritables entreprises d'intérêt général grâce au procédé de la permission de police (4). Nous nous contenterons de mentionner quelques exemples (5).

(3) L'Administration propriétaire et l'Administration ayant dans ses attributions les pouvoirs de police peuvent rester indépendantes ou se confondre.

(4) Les permis de stationnement sont soumis à des redevances, fixées par les Conseils Municipaux, sous réserve de l'approbation du Ministre de l'Intérieur, si le stationnement porte sur les dépendances de la grande voirie (Cass. Chambres réunies, 14 décembre 1900. Compagnie Générale de Navigation).

(5) C'est ainsi que le Maire peut « subordonner à une autorisation préalable et à des conditions, la profession des commissionnaires circulant sur la voie publique. Ce droit peut aller jusqu'à l'organisation d'une véritable corporation soumise au pouvoir disciplinaire de la municipalité ». M. Hauriou, op. cit., p. 484. Cpr. Cass. Crim., 13 février 1909, Stefamini S. 1909-1-529, note M. Roux. Conseil d'Etat, 9 décembre 1904, Boudhir-Klamliché-ben Zellat S. 1906-3-104, et Conseil d'Etat, 8 juin 1917. Rabe, S. 1920-3-1. Note M. Hauriou.

La réglementation des stationnements a contribué à l'établissement des services de transport, urbains ou extra-urbains, utilisant des voies terrestres autres que les voies ferrées d'intérêt général et d'intérêt local (6).

On nous objectera que dans le cas de services de transport, nous nous trouvons sur un terrain contractuel puisque les autorités communales passent un contrat avec les entrepreneurs (7), n'oublions pas toutefois que le contrat est conditionné par un acte soutien, parfaitement détachable : la permission de police. Celle-ci réglemente par voie unilatérale le stationnement sur la voie publique ; elle émane soit de l'autorité préfectorale, soit de l'autorité municipale.

Les transports en commun font un usage anormal de la voie publique. Une réglementation s'impose. Comme cette réglementation est tirée du pouvoir propre de l'Administration, il s'ensuit que cette dernière pourra, à son gré, en fixer les modalités, sauf, bien entendu, à respecter la règle de droit et à ne pas commettre de détournement de pouvoir. Les en-

(6) Rappelons qu'en ce qui concerne les routes nationales, départementales et les chemins de grande communication, la loi du 30 mai 1851 et le décret du 10 août 1852 ont soumis les entrepreneurs de transport à la seule formalité d'une déclaration préalable. Cette règle a été reproduite dans le Code de la Route, art.. 34.

(7) A signaler, au sujet de la compétence, une évolution assez curieuse. Jusqu'à une époque très récente, on considérait que les marchés passés entre la commune et l'entreprise étaient des marchés de fournitures, ce qui avait pour effet d'entraîner la compétence judiciaire. Mais un arrêt du Conseil d'Etat du 16 décembre 1921 s'est prononcé en faveur de la compétence administrative.

treprises de transport se verront attribuer un supplément de capacité. Elles devront satisfaire à toutes les obligations édictées par l'acte d'autorisation. Des stipulations seront prévues en faveur du public et il se créera de toutes pièces une entreprise chargée de gérer un service d'intérêt général (8).

Il convient en premier lieu d'envisager la question du privilège exclusif de stationnement ; le droit du Maire ne va pas jusqu'à lui permettre d'établir un monopole au profit d'un seul entrepreneur. Dans un arrêt en date du 2 août 1870 (Bouchardon), le Conseil d'Etat a annulé pour détournement de pouvoir des arrêtés municipaux qui avaient conféré à une Compagnie le droit exclusif de faire stationner sur la voie publique, dans toute l'étendue du territoire d'une commune, pour prendre ou déposer des voyageurs, des voitures à destintaion ou en provenance des localités desservies par cette Compagnie. Le Conseil d'Etat, tout en reconnaissant que les Maires peuvent, en vertu de leur droit de régler tout ce qui intéresse la sûreté et la commodité du passage sur la voie publique, limiter dans l'intérêt général le nombre des entreprises de voitures publiques, a

(8) Pour bien se convaincre de la nécessité et de l'effet de l'autorisation, on peut se rappeler qu'à Paris, une ordonnance du Préfet de Police, en date du 18 septembre 1828, interdit aux entreprises de transports en commun non munies d'une permission de police, de s'arrêter pour prendre ou déposer des voyageurs sur la voie publique. La légalité de l'Ordonnance de 1828 a été reconnue par la Jurisprudence (Cassation, 3 septembre 1831, 10 septembre 1835, 4 mars 1836, 25 août 1864, 14 novembre 1868), Cpr. D. 1856-1-232.

condamné le principe du monopole (9). Néanmoins, si l'on admet que les autorités municipales doivent procurer la liberté et la sûreté de la voie publique, il faut reconnaître qu'elles seront amenées dans bien des cas à conférer une sorte de monopole. C'est ce qui paraît résulter d'une décision postérieure à l'arrêt Bouchardon (Conseil d'Etat, 7 décembre 1888, Ponthas, Conclusions Gauvain, Rec. Leb., p. 920), où le Conseil d'Etat a reconnu que les autorités municipales ne commettaient pas un excès de pouvoirs en refusant d'accorder l'autorisation d'organiser un nouveau service de voitures de transport en commun dans une ville ; il leur appartient, dans l'intérêt de la commodité de la circulation, et de la sécurité de la voie publique, de limiter le nombre des voitures. Il est certain qu'il est délicat de fixer, à l'égard de la circulation des voitures, la limite légale des pouvoirs de police. « Cette mesure est variable suivant les localités ; telle mesure, nécessaire à Paris, pourrait être excessive dans toute autre ville » (conclusions Gauvain). Nous retrouvons là le principe de relativité qui est à la base du pouvoir de police. Il arrive un moment où le maire peut interdire, à condition de ne pas commettre un détournement de pouvoir (10), la constitution de nouvelles entreprises de transports.

(9) « Par un contrat financier passé, par exemple avec un entrepreneur d'éclairage du service des eaux, une commune peut constituer pour cet entrepreneur un monopole de fait (Conseil d'Etat, 20 mai 1882, ville de Brest Rec., p. 522*; 15 avril 1910, SS. 1912-3-132, etc...) ; à l'inverse, elle ne peut pas créer un semblable avantage pour une simple mesure de police » note Hauriou, S. 1920-3-1.

(10) Conseil d'Etat, 8 juin 1917, S. 1920-3-1.

C'est à cet ordre d'idées que se rattache la question de savoir si l'autorité municipale peut transformer un syndicat d'entrepreneurs de voitures publiques en « une véritable corporation administrative, investie d'un monopole de stationnement sur la voie publique ».

Pour M. Hauriou (S. 1920-3-1, note), il faut, en l'absence de textes, poser les deux règles suivantes : « 1° la police municipale ne peut pas organiser en corporation les industries qui touchent à la circulation sur la voie publique, sans des raisons d'ordre public d'absolue nécessité ; 2° elle ne peut procéder à de pareilles organisations par voie détournée ; mais elle doit le faire directement et franchement, par un règlement de principe qui puisse être attaqué au contentieux. Ces deux règles résultent de la jurisprudence actuelle ». Au fait, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur la question de « la corporation administrative, investie d'un monopole de stationnement ».

Sans doute, l'idée d'une « corporation administrative » vient à l'encontre du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et spécialement de la loi du 26 août 1790 sur la liberté des messageries et transports de voyageurs. Toutefois, le problème peut être assez facilement résolu si l'on envisage ces « corporations » comme de véritables entreprises d'intérêt public. Elles ne seront pas, à proprement parler « administratives » ; nous ne reviendrons pas sur les développements que nous avons consacrés dans notre chapitre III à la technique des

entreprises d'intérêt public. On se rappelle, sans doute, que nous avons reconnu que celles-ci vivaient en marge de la vie administrative. Les autorités municipales peuvent les créer ou plus exactement se les adjoindre sous réserve de respecter la règle de droit et de ne pas commettre de détournement de pouvoir. Leur réglementation paraîtra plus étroite que celle à laquelle sont soumises bon nombre d'entreprises d'intérêt public. Mais le principe de la liberté du commerce et de l'industrie doit s'atténuer lorsqu'il s'agit d'entreprises qui utilisent les voies publiques. commodité de la circulation, elle est habilitée à créer des entreprises de transports sous la forme de véritables corporations d'intérêt public.

Il ne semble pas non plus que l'érection des syndicats en entreprises d'intérêt public soulève de sérieuses difficultés. Nous retrouvons simplement l'application du principe de la collaboration des organismes privés à l'exécution des services d'intérêt général. Or, les syndicats obéissent à une discipline qui les appelle, à condition qu'ils soient animés du désir de « paix sociale », à fournir un concours actif.

Si l'autorité municipale respecte les règles de la moralité administrative et recherche la meilleure organisation du service, en assurant la liberté et la commodité de la circulation, elle est habilitée à créer des entreprises de transports sous la forme de véritables corporations d'intérêt public.

Comme nous le savons, la police administrative se sépare en deux courants : la police administrative

qui a pour but de faire régner l'ordre préventivement, par opposition à la police judiciaire qui intervient a posteriori, et la police administrative au sens élevé du mot, qui embrasse la gestion de l'entreprise administrative en ce sens que « les services publics ne sont eux-mêmes que des moyens d'assurer la police » (11). Auquel de ces deux courants, l'autorité municipale va-t-elle puiser ses pouvoirs lorsqu'elle assure la création d'une entreprise de transports ? On serait tenté d'exciper de l'art 97 de la loi du 5 avril 1884. En réalité, l'autorité qui accorde la permission s'inspire de la protection et de la facilité de la circulation, mais elle est aussi sans conteste, inspirée par des préoccupations de police générale tendant à procurer aux particuliers un service capable de les satisfaire.

Les pouvoirs des autorités municipales sont considérables. C'est toute la marche des entreprises qui sera réglée (12).

Indépendamment des dispositions qui arrêtent le nombre des voitures, les lieux de stationnement (13), les itinéraires, etc..., les autorités municipales peuvent fixer les tarifs des taxes que devront acquitter les usagers (14). Ceci est particulièrement

(11) M. Hauriou, op. cit., p. 469.

(12) Il a même été jugé que le maire n'excède pas ses pouvoirs en prescrivant aux cochers de rester sur leur siège. D. 1847-4-37 et Ch. Crim. 27 février 1875. Sylva D. 1876-1-283.

(13) Ch. Crim. 27 février 1875. Sylva D. 1876-1-283.

(14) La Cour de Cassation (29 mars 1884, Bonnifay) a formellement reconnu à l'autorité municipale le droit de fixer le tarif des courses et le prix des places.

L'autorité municipale peut régler la circulation des voi-

important, car ce n'est plus seulement l'exploitation technique qui est conditionnée, mais encore l'exploitation commerciale. Nous avons vu les difficultés qu'a rencontrées la réglementation de l'exploitation commerciale en matière de permission de voirie. Ici, pour les permissions de police, la ques- voirie. A l'égard des permissions de police, il a toujours été admis que l'autorité administrative pouvait entreprendre la fixation des tarifs des taxes perçues par les entreprises de transport. Est-ce dans son droit de ménager la sûreté de la voie publique que l'Administration va puiser celui de fixer les taxes de transport ? Sans doute, mais il y a aussi la raison tirée des principes d'économie politique que nous énoncions à propos des permissions de voirie (15).

Tout ce qui précède s'applique aux transports en commun qui, par leur importance, constituent de véritables services d'intérêt général ; à côté de ces services, on peut rencontrer des entreprises infiniment plus modestes, qui n'en ont pas moins une situation juridique assez voisine. Nous voulons parler des voitures dites « de place ou de remise ». L'auto-

tures c'est ainsi qu'à Paris l'ordonnance du 4 mai 1813 a prohibé la « maraude » c'est-à-dire l'acte qui consiste à parcourir à vide les différents quartiers en proposant des places.

(15) La jurisprudence se place au point de vue de l'ordre. Elle estime qu'un tarif peut prévenir les discussions entre entrepreneurs et usagers. Cpr. Conclusions Arrivière, Conseil d'État, 9 août 1893. Rec., p. 676. Il ne faut pas confondre le droit de tarification qui appartient au Maire (à Paris, au Préfet de la Seine), avec le droit de déterminer les taxes de stationnement qui est de la compétence du Conseil Municipal. (Cass. Ch. crim., 21 décembre 1838 et 27 février 1875.)

rité municipale règle leur stationnement (16), fixe leur nombre et s'immisce dans leur exploitation commerciale, en déterminant, ici encore, les tarifs des taxes qu'elles percevront (17-18).

(16) « Les voitures de place ou de remise sont celles qui sont nécessairement tenues à la disposition du public, soit sur la voie publique, soit dans des locaux particuliers, mais ouverts et attenants à la voie publique, pour marcher à l'heure et à la course ». Pour M. Hauriou, op. cit. p. 484, le maire ne peut pas en interdire le stationnement, il peut seulement déterminer des stations. Une jurisprudence constante reconnaît au Maire la faculté d'interdire de mettre en circulation des voitures de place ou de remise, ou de faire stationner des voitures de place sur la voie publique, sans avoir obtenu la permission de l'autorité municipale. Ch. crim. 22 juillet 1865. D. 1865-1-499. Ch. crim, 21 décembre 1838. D. 1839-1-35. Ch. réun. Cass. 24 février 1858. D. 1858-1-256.

(17) Conseil d'Etat 9 août 1893. Chambre Syndicale des Entrepreneurs de voitures de place du département de la Seine. Rec., p. 676. Conclusions Arrivière. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a reconnu que le Préfet de police à Paris (le Maire dans les autres localités) pouvait sans excéder ses pouvoirs imposer aux loueurs de voitures de place un tarif horo-kilométrique calculé sur la distance parcourue et prescrire l'emploi de compteurs satisfaisant à des conditions déterminées pour assurer l'application du tarif. Mais l'autorité municipale outrepasserait ses pouvoirs en édictant des dispositions relatives aux conditions de location et d'entretien des appareils qui ne se trouvent pas dans le commerce, et en dispensant de l'obligation d'avoir des compteurs les loueurs ayant moins de vingt-cinq voitures. Cpr. 27 février 1875. Ch. crim. Sylva D. 1876-1-283. Toutefois, il y a controverse pour les voitures dites de « grande remise » qui ne marchent qu'à la journée ou au mois » et sur commande. Cpr. Ch. crim. 22 juillet 1865. Patoux contre Ville de Nancy. D. 1865-1-499 et Ch. crim. 13 décembre 1884. Artufel D. 1886-1-277.

(18) Il existe pour les transports extraurbains un régime spécial : celui des services publics d'automobiles. En dépit de la terminologie, il n'y a pas service public mais entreprise d'intérêt public. Les stationnements sont régis suivant les lieux par des arrêtés municipaux ou préfectoraux. Le régime des services publics d'automobiles est, dans son ensemble, assez complexe. Cette complexité résulte en grande partie du jeu des subventions de la commune, du dé-

Section III

D'une comparaison entre la permission de police et la permission de voirie

La permission de police, permission de stationnement, est d'une technique satisfaisante. Pour apprécier ses mérites, il convient de se placer à un double point de vue. Est-ce un procédé avantageux pour la puissance publique et pour les usagers ?

La puissance publique trouve l'avantage indéniable de pouvoir satisfaire des besoins généraux sans avoir à recourir au procédé du service public. Elle conserve ses prérogatives car la permission de stationnement ne confère aucun droit acquis à l'entreprise bénéficiaire. Sous l'empire des nécessités, l'Administration pourra prononcer le retrait de la permission, à condition toutefois de ne pas s'écarter des règles de la moralité administrative.

Quant aux usagers, il apparaît qu'ils sont largement protégés. La règlementation de l'exploitation technique et de l'exploitation commerciale est tout entière édictée dans leur propre intérêt.

partement et de l'Etat. Lorsqu'il y a subvention de l'Etat — et c'est l'hypothèse la plus fréquente — le contrat est approuvé par décret délibéré en Conseil dEtat. L'exploitation technique et l'exploitation commerciale sont réglementées (Loi du 28 décembre 1908. Décret du 5 juin 1909. Lois du 13 juillet 1912, du 30 juillet 1913, du 29 mars 1917, du 4 août 1917, du 30 décembre 1918, du 29 mars 1919). Des dispositions spéciales visent les services en montagne (loi du 30 juillet 1913).

Après avoir très brièvement envisagé la permission de voirie et la permission de police, il reste un problème que nous n'avons pas l'ambition de résoudre, mais que nous pouvons poser. D'où proviennent les différences de technique qui séparent les deux procédés en question ? Pourquoi dans un cas, celui de la permission de voirie, l'Administration ne se reconnait-elle pas *a priori* le droit de régler les conditions de l'exploitation et spécialement de l'exploitation commerciale (19), alors que dans celui de la permission de police, elle ne s'embarrasse pas de tels scrupules.

La permission de voirie est délivrée par l'Administration propriétaire du domaine. La permission de police est donnée par l'administration gardienne dudit domaine. Nous savons qu'il peut y avoir confusion entre l'Administration gardienne et l'Administration propriétaire. En tout cas, en admettant la distinction précitée, est-on en droit de reconnaître *a priori* des pouvoirs plus considérables à l'Administration qui a la police du domaine? Les autorités qui délivrent les permissions de police et de voirie participent de la même « capitalisation de pouvoir ». La distinction ne peut résulter que de l'objet même de l'autorisation. Dans un cas, l'Administration n'a en vue que l'occupation du domaine public et sa protection, alors que dans l'autre, elle songe uniquement à exercer ses pouvoirs de police. Au fond, la dissem-

(19) Abstraction faite naturellement des dispositions des cahiers des charges de 1915 pour l'outillage des ports et du nouveau régime des distributions d'énergie électrique.

blance de points de vue se comprend difficilement. Il n'est peut-être pas rationnel de vouloir établir une séparation aussi tranchée entre la permission de voirie et la permission de police. La police elle-même ne peut pas être exclue de la permission de voirie. On ne conçoit pas pourquoi l'Administration aurait moins de pouvoir lorsqu'elle délivre une permission de voirie que lorsqu'elle délivre une permission de police. Dans l'une ou l'autre hypothèse, elle ne fait qu'accorder une permission au sens vulgaire du mot en octroyant à un particulier la possibilité d'outrepasser ses propres droits. Dans un cas comme dans l'autre, le « conditionnement » de la permission ne laisse pas d'être rationnel. Dès que le particulier cesse de faire usage de ses droits civils généraux, l'Administration a toutes facilités pour éviter, au moins momentanément, la création d'un service public.

Au fond, la notion qu'il importe de saisir en matière de police n'est pas celle à laquelle songe le vulgaire. Faire régner l'ordre, ce n'est qu'une parcelle du pouvoir de police. La tâche essentielle de l'Administration consiste à assurer la protection des individus envisagée dans sa formule la plus large. Cette protection, l'Administration peut la réaliser par l'établissement d'entreprises d'intérêt public fondées sur la permission de voirie ou la permission de police.

Remarquons, d'ailleurs, qu'il ne faudrait pas prétendre que ce système arrivera à suppléer celui du service public. Aussi bien, on commettrait une erreur. Il reste seulement que le procédé du service pu-

blic doit être sinon exceptionnel, du moins d'une application peu fréquente. Nous aurons dans la suite à développer ces considérations, mais dès maintenant il importe de bien saisir le rôle immense que peut jouer le procédé de la permission si l'on veut judicieusement sans servir. Nous répétons qu'il n'est pas d'une adaptation universelle, mais est-ce là une raison pour le dédaigner ?

Nous avons retracé, dans les chapitres précédents, quelques-unes des tendances qui se font jour en matière de permission. Il nous reste à étudier une évolution non moins curieuse qui s'est produite dans un domaine assez voisin.

Pendant longtemps, on n'a guère connu que le système de la « propriété civiliste » pour les mines, les eaux courantes etc... Procédant des mêmes tendances que celles que nous avons déjà signalées, un système nouveau s'est à peu près affirmé. Nous apercevrons qu'à la notion de la propriété pure et simple, s'est substituée une conception plus conforme à l'intérêt général.

CHAPITRE VII

DES AUTORISATIONS AYANT POUR BUT DE PERMETTRE L'EXPLOITATION DES RICHESSES COLLECTIVES

SOMMAIRE : Section I. — *Des richesses collectives.*
Section II. — *Des concessions de mines.*
Section III. — *De l'utilisation de l'énergie hydraulique.*

Section I

Des richesses collectives

Nous avons tenu à réserver une étude spéciale aux autorisations qui ont pour but de permettre l'exploitation des richesse collectives. Il ne serait pas tout à fait inexact de les comprendre parmi les permissions de police, car enfin l'autorisation que donne la puissance publique n'est qu'une manifestation de son pouvoir de police. Il nous paraît même que cette terminologie aurait le mérite d'éviter certaines confusions de la nature de celles que nous aurons à signaler. Nous n'ignorons pas que ce point de vue soit controversable, et nous n'avons voulu lui donner que la valeur d'une suggestion.

Il existe, actuellement, dans les sociétés modernes, toute une catégorie de biens dont on a mal précisé, pendant longtemps, la nature juridique. Telles sont les mines, les eaux courantes, etc...; on ne pouvait raisonnablement pas prétendre avoir résolu le problème en les qualifiant de *res nullius*. Cette expression est insuffisante et ne fait que traduire l'embarras des jurisconsultes. Elle est insuffisante tant au point de vue juridique qu'au point de vue social.

Néanmoins, un réel progrès a été réalisé lorsqu'on a conféré aux *res nullius* le caractère de richesses collectives. Il convient d'ailleurs de ne pas s'illusionner, car la nouvelle expression manque aussi de précision juridique.

En parlant de richesse collective, on veut ainsi marquer que la richesse collective ne se confond ni avec la domanialité publique, ni avec la domanialité privée (1), mais n'est-ce pas là une complication ? Le domaine public et le domaine privé sont tous deux des richesses collectives. Ce sont des propriétés qui ont à leur base l'affectation à l'utilité sociale. Les mines, les eaux courantes... n'intéressent-elles pas les ressortissants d'un Etat au même titre que les routes ?

Au fond, c'est une raison d'opportunité qui motive la distinction entre la domanialité et la richesse collective.

(1) Au fait, le domaine privé de la puissance publique ou de ses démembrements n'est pas assimilable à une propriété privée puisqu'il est insaisissable et qu'il alimente les services publics par voie budgétaire. Cpr. M. Hauriou, op. cit., p. 852.

Nous étudierons, parmi les richesses collectives, le régime minier et l'utilisation de l'énergie hydraulique.

Section II

Des Concessions de Mines (2)

Une législation minière est toujours dominée par un certain nombre de principes.

Faut-il admettre avec le système de l'accession que le gisement minier appartient au propriétaire du sol ? La négative est généralement soutenue. L'adoption du système de l'accession conduirait à un morcellement excessif qui nuirait à la bonne exploitation de la mine.

En France, on s'est presque toujours montré hostile au système de la domanialité, car on croit volontiers que l'attribution de la propriété de la mine à l'Etat doit nécessairement conduire celui-ci à devenir un exploitant du gisement. Le système de la domanialité prédispose à la régie mais n'y conduit pas nécessairement. Il est logique d'admettre que l'Etat propriétaire de la mine ait le droit de la vendre, de la céder, de la concéder ou de s'en réserver l'exploitation. La solution dépendra des tendances du moment ; mais il est exagéré de prétendre

(2) *Bibliographie :* Louis Rolland, Revue de Droit public et des Sciences politiques, tome 37, année 1920, p. 102 ; Louis Aguillon, Revue politique et parlementaire, 1912. Les concessions de mines. Le Gouvernement et la Loi.

que le régime de la domanialité entraîne inévitablement celui de la régie.

La législation minière est partie, à l'origine, d'une conception très étroite puisqu'elle a admis le droit de propriété pur et simple du concessionnaire; puis, peu à peu, la conception s'est élargie pour prendre, dans le dernier état du droit, figure d'entreprise d'intérêt public. Il s'est produit à propos des mines une évolution qui rappelle, toutes proportions gardées, celle que nous avons déjà rencontrée lorsque nous avons étudié les permissions de voirie.

La loi du 21 avril 1810 conférait au concessionnaire un droit de propriété perpétuel (3), transmissible suivant les règles du droit commun (4) et susceptible d'usufruit, d'emphytéose ou d'hypothèque. Comme pour les permissions de voirie on s'est efforcé de prévoir des cas de déchéance et de déformer, tant par voie jurisprudentielle que par voie législative, la conception primitive (5). On était arrivé, ces dernières années, à un type de concession profondément différent de celui qui avait été conçu en 1810. Le législateur de 1919 a accentué les réformes en substituant pour les concessions postérieures à la promulgation de la loi, le système de la concession

(3) Avant la loi du 21 avril 1810, des lettres patentes de Charles VI avaient proclamé les droits de la Royauté sur les mines, mais on eut pendant longtemps un régime hybride qui, sans exclure le droit de la Royauté, semblait surtout consacrer le droit du propriétaire de la surface. La loi du 28 juillet 1791 décida que les mines étaient à la disposition de la Nation, sauf à reconnaître au propriétaire le droit d'exploiter jusqu'à une profondeur de cinquante pieds.

(4) Jusqu'à la loi du 13 juillet 1911.

(5) Cf. Louis Rolland, op. cit.

temporaire au système de la concession perpétuelle et en augmentant encore le nombre des cas de déchéance. Aux termes de la loi de 1919 le droit de l'exploitation de mines est un « droit immobilier susceptible d'hypothèque ». Il appert que le législateur a employé cette expression pour calmer les susceptibilités de ceux qui craignaient qu'on bouleversât plus profondément encore l'économie de la loi de 1810, en décidant, suivant la formule de 1791, que les mines sont à la « disposition de la Nation » (6.) La loi de 1919 respecte le régime antérieur, mais la jurisprudence s'inspirera plutôt de la nouvelle législation. Toutefois la limitation de durée des concessions antérieures ne saurait être fixée que par voie législative. A quelques semaines d'intervalle, le législateur a adopté deux attitudes différentes. Il a respecté les droits acquis des entreprises minières et a soumis les entreprises utilisant l'énergie électrique à un régime transitoire.

Quelle est exactement la physionomie de la concession de mines dans la nouvelle législation ?

Remarquons d'abord qu'il n'y a pas concession au sens exact du mot. Le concessionnaire de mines n'est pas un concessionnaire de service public. L'expression est fâcheuse, et c'est pourquoi nous nous demandions dès le début du présent chapitre s'il ne serait pas plus juste de décider que la concession de mines n'est au fond qu'une permission de police.

(6) On se rappelle que le Parlement a rejeté un amendement tendant à conférer aux mines le caractère de domanialité publique.

L'exploitant d'un gisement minier exploite une richesse collective et doit être contrôlé par l'Administration qui, ce faisant, use bien de ses droits de police. Le droit administratif n'est pas doté d'un très riche vocabulaire. On a voulu pendant longtemps lui appliquer la terminologie civiliste et cette tendance a beaucoup nui à son développement. Et même parmi les expressions qui lui sont consacrées, il existe d'assez nombreuses confusions. C'est ainsi que le langage administratif parle de concessions de chemins de fer, de distributions d'énergie électrique, de mines, de lais et atterrissements, de cimetière, de terres aux colonies, etc... Or, dans tous ces cas, il y a des situations juridiques qui sont loin d'être équivalentes.

La concession, dans son véritable sens, implique l'exploitation d'un service public et même, parfois, la création antérieure d'un ouvrage public. Les travaux effectués par le concessionnaire de mines ne sont pas des travaux publics. Les dommages causés aux tiers seront régis par les règles de droit commun, telles qu'elles résultent des articles 1382 et suivants du Code Civil. Le concessionnaire peut être autorisé par arrêté préfectoral à occuper certains points de la surface ; les contestations avec le propriétaire de la surface seront de la compétence judiciaire. Le concessionnaire peut encore, dans l'intérêt de son exploitation, construire des canaux et des chemins de fer. Lorsque ces travaux ont lieu à l'extérieur du périmètre de la mine ou lorsqu'ils ont pour effet de modifier le relief du sol, on leur applique les règles

de l'expropriation et un décret en Conseil d'Etat prononce la déclaration d'utilité publique. Mais, même dans cette hypothèse, les travaux ne sont pas des travaux publics (7). Le concessionnaire se trouve donc dans la même situation qu'un simple particulier. Si nous prenons la concession de chemins de fer, nous remarquons que tous les travaux qui concourrent à la construction de l'ouvrage public sont bien des travaux publics. Les dommages qui résultent de la construction de l'ouvrage public sont de la compétence du Conseil de Préfecture. Par contre, les litiges se rattachant à l'exploitation du service sont de la compétence judiciaire, à moins qu'ils ne portent sur des dommages causés par défaut d'entretien de l'ouvrage public.

Le concessionnaire de service public est chargé d'assurer la marche dudit service pendant un laps de temps déterminé. Par ailleurs, la puissance publique fixe par voie unilatérale, l'exploitation technique et règle par voie contractuelle les clauses financières de l'exploitation commerciale. Que retrouvons-nous dans la concession de mines ? La puissance publique intervient-elle pour régler l'exploitation technique ? L'affirmative n'est pas douteuse. Le concessionnaire est astreint à un contrôle sévère de la part de l'Administration (8). Celle-ci

(7) Conflits, 2 décembre 1904. Société des Hauts-Fourneaux, forges et aciéries de Denain et d'Anzin. Rec., p. 775.

(8) L'Administration dispose de pouvoirs considérables pour assurer la protection de la surface (loi du 27 juillet 1880). Les ingénieurs des mines peuvent prendre certaines mesures en cas d'urgence ; mais le pouvoir réglementaire appartient

peut apporter une restriction à l'exploitation de la mine (9), en faisant jouer les servitudes prévues par la loi du 27 juillet 1880. La loi du 27 avril 1838 lui confère des prérogatives énergiques en matière d'assèchement. Il faut une autorisation pour opérer la fusion de plusieurs concessions de mines (10) et il en est de même en cas de cession (11).

L'exploitation technique est soumise à un contrôle d'autant plus étroit qu'elle est efficacement sanctionnée par la menace de la déchéance (12).

Tels sont quelques traits de l'exploitation technique. On pourrait donc croire que le concessionnaire de mines se rapproche beaucoup du concessionnaire de service public. Il n'en est rien, car les préoccupations de l'Administration sont commandées par la protection d'une richesse collective. L'Administration ne fait qu'exercer ses droits de police.

L'examen de l'exploitation commerciale de la mine nous fera mieux comprendre l'absence de simi-

normalement au Préfet. On applique aussi une règle sanctionnée par la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat, à savoir que le Président de la République peut prendre pour l'ensemble du territoire, des mesures générales dans tous les cas où ces mesures sont de la compétence des autorités locales. (Décrets du 14 janvier 1909, du 13 août 1911, du 20 janvier 1914.)

(9) Cette restriction peut-elle donner lieu à indemnité ? Le Conseil d'Etat a répondu affirmativement (27 juillet 1906, Compagnie P.-L.-M. Conclusions Teissier. Rec. p. 702).

(10) Décret du 23 octobre 1852. Ce décret n'est pas par sa date un décret-loi, puisqu'il est postérieur à la période dictatoriale, mais la jurisprudence a écarté cette objection.

(11) La loi du 13 juillet 1911 exige un avis conforme du Conseil d'Etat.

(12) Loi du 27 avril 1838. Décret du 29 octobre 1852. Lois du 8 avril 1910, du 9 septembre 1919. A noter aussi que les ouvriers mineurs sont protégés par une abondante législation : loi du 29 juin 1905, du 13 juillet 1911, art. 139, etc...

litude entre la concession minière et la concession de service public. L'exploitation commerciale est libre. La puissance publique ne peut intervenir dans la fixation du prix de vente du combustible. Au reste, la loi du 9 septembre 1919 ne décide-t-elle pas que l'exploitation minière est un acte de commerce (13) (14)? A ce point de vue, la concession de mines jouit d'une plus grande liberté que la plupart des entreprises d'intérêt public. Cette liberté est due vraisemblablement aux nombreux aléas auxquels est exposée l'exploitation. Disons, d'ailleurs, que la récente institution de la participation aux bénéfices édictée tant en faveur de l'Etat que des ouvriers, lui a porté une atteinte considérable.

Le principe de gratuité pouvait paraître exagéré. La puissance publique procure au concessionnaire « la fortune préalablement endormie dans le sol ». En 1810 on ne considérait pas la mine comme une richesse collective. Il s'est produit, au cours du dix-neuvième siècle et du commencement du vingtième, une évolution qui prépara la réforme de 1919. La pratique administrative était arrivée à tourner la loi de 1810 grâce au procédé des offres de concours. Des critiques sévères avaient été adressées à la jurisprudence du Conseil d'Etat, mais ne pouvait-on pas répondre que le Gouvernement avait le libre choix

(13) L'exploitation minière est assujettie à la loi du 25 juin 1920 sur le chiffre d'affaires.

(14) Nous devons noter que le principe de liberté commerciale subit une atteinte dans le cas où l'exploitation est restreinte ou suspendue de manière à inquiéter la sûreté publique. L'art. 4o de la loi de 1810 prévoit qu'il est pourvu à l'exploitation par le Ministre de l'Intérieur.)

du concessionnaire et que, partant, il pouvait tenir compte des offres de ce dernier ? Nous n'avons pas à nous étendre longuement sur la légitimité de la participation aux bénéfices. Elle peut être regardée comme une sorte de redevance. Quand l'Administration délivre une permission de voirie, elle perçoit une redevance pour prix de l'occupation du domaine public ; elle agit encore de même lorsqu'elle confère un permis de stationnement. Ces redevances ne sont que le prix d'un service rendu. L'Administration doit pouvoir exiger une redevance de la part du concessionnaire de mines. On objectera que la concession de mines est déjà assujettie à un impôt direct spécial ; mais cet impôt trouve sa légitimité dans ce fait que ni l'impôt foncier, ni l'impôt sur les bénéfices industriels et commerciaux ne sont ici applicables. La participation aux bénéfices doit s'analyser, au contraire, en dehors de toute préoccupation sociale, comme le prix d'un service rendu par l'autorité concédante. Celle-ci attribue une partie du bénéfice aux ouvriers mineurs, ce qui n'infirme en rien l'observation précédente. Ne pourrait-on pas aussi soutenir que l'existence de prescriptions très strictes édictées en faveur des ouvriers mineurs tend à séparer les concessions de mines des entreprises d'intérêt public ? Nous avons vu au Chapitre III qu'il était rationnel d'admettre que les agents coopérant à la marche des entreprises d'intérêt public fussent soumis à une législation protectrice. La protection des ouvriers mineurs est très efficace, elle n'est d'ailleurs pas unique en droit administratif. Les marins

du commerce bénéficient aussi d'une protection très énergique qui a servi de modèle à la législation édictée en faveur des ouvriers mineurs.

La concession de mines n'est qu'une entreprise d'intérêt public.

Section III

De l'utilisation de l'énergie hydraulique (15)

La loi du 16 octobre 1919 a omis de préciser la nature juridique de l'énergie hydraulique. Il paraît conforme aux intentions du législateur de décider que l'énergie hydraulique est une richesse collective. Les eaux des cours d'eau navigables font partie du domaine public, mais le « mouvement de l'eau, qu'il soit dû au flux et au reflux de la mer, à la pente du sol ou à la main de l'homme, est distinct de l'eau elle-même et du sol qui la supporte et la contient. » (16).

Il eut été plus logique, eu égard à certaines dispositions de la loi du 16 octobre 1919, de conférer à l'énergie hydraulique le caractère de domanialité publique.

On ne peut la capter sans avoir recours à l'intervention de la puissance publique qui, suivant les

(15) *Bibliographie :* Louis Rolland : Revue de Droit public et des Sciences politiques, tome 37, année 1920, p. 343 ; Paul Bougault : La législation nouvelle des chutes d'eau. Loi du 16 octobre 1919 et règlements annexes.

(16) Louis Rolland, op. cit., p. 343.

hypothèses, délivre une concession ou une autorisation.

Le concessionnaire dont parle la loi du 16 octobre 1919 n'est pas, lui non plus, un véritable concessionnaire de service public, encore qu'il en soit plus près que le concessionnaire de mines (17).

Afin d'examiner quelle est la situation du concessionnaire d'énergie hydraulique, nous étudierons successivement les règles qui président à l'exécution des travaux et au fonctionnement de l'exploitation technique et commerciale de l'entreprise.

Pour l'exécution des travaux, le concessionnaire jouit de prérogatives assez étendues. Tous les droits de riveraineté préexistants disparaissent pour être, suivant les cas, convertis en une indemnité en nature ou en argent. Les litiges qui naîtront seront de la compétence du Tribunal civil. Le concessionnaire peut submerger les rives par le relèvement du plan d'eau, et jouir parfois d'un droit d'occupation temporaire analogue à celui de la loi de 1892. Dans ces diverses hypothèses la compétence est judiciaire.

L'exploitation technique est soumise à un contrôle très rigoureux et qui a pour sanctions : soit l'application de clauses pénales, soit des amendes prélevées par le Préfet, soit la déchéance, soit enfin une mise en régie provisoire. Sur tous ces points le concessionnaire de force hydraulique s'éloigne assez du

(17) « Le concessionnaire de force hydraulique est plus près du concessionnaire de service public, que du concessionnaire de mines ; cela tient sans doute à ce que les règles et les aléas de l'exploitation sont plus limités ». L. Rolland, loc. cit.

concessionnaire de service public. La déchéance, qui est une des rares sanctions — sinon la seule — à appliquer au concessionnaire de mines, ne joue encore que dans des hypothèses peu nombreuses et limitativement déterminées.

La durée de la concession de force hydraulique est temporaire. Par ailleurs, le rachat peut être prononcé. Cette dernière disposition nous rapproche encore de la concession de service public (18).

L'exploitation commerciale ne saurait être comparée à celle de la concession de mines. Le cahier des charges type prévoit l'insertion d'une clause portant fixation d'un tarif maximum (19). Le concessionnaire supporte un cautionnement. Il est astreint à payer une redevance qui rappelle assez la redevance minière (20).

Il est encore prévu une participation du personnel aux bénéfices et à la gestion (21).

Nous noterons pour mémoire les concours financiers de l'Etat et des diverses Administrations publiques (22).

Enfin, opérant une réforme hardie, la loi du

(18) La Commission des Mines de la Chambre des Députés avait admis la possibilité de prévoir le rachat des concessions minières, mais le Sénat s'est opposé à cette manière de voir.

(19) Article 10.

(20) Cette redevance est assimilée aux revenus domaniaux; les litiges seront de la compétence judiciaire.

(21) Cpr. Les conventions de 1921 des chemins de fer d'intérêt général.

(22) Ce concours financier ne fait encore qu'accentuer le caractère d'intérêt public des entreprises.

16 octobre 1919 a soumis les entreprises déjà existantes à un régime provisoire (23).

Quelle est la nature du contrat de concession de force hydraulique? Le cahier des charges-types s'est prononcé en faveur de la compétence du Conseil de Préfecture. Cette disposition laisserait croire que ledit contrat est un contrat de service public comportant au préalable l'exécution de travaux publics. S'il en était ainsi il faudrait admettre que les dommages que peuvent subir des tiers, du fait de l'exécution des travaux, rentrent dans la catégorie juridique des dommages causés par l'exécution des travaux publics. En fait, la loi du 16 octobre 1919 décide que l'autorité judiciaire est compétente pour connaître des dommages que subissent les tiers. Mais sur quelle base faire reposer la compétence du Conseil de Préfecture, si, comme il résulte des observations précédentes, le contrat de concession de force hydraulique n'est pas assimilable à un contrat de travaux publics ? Il est rationnel de faire état d'une disposition de la loi du 28 Pluviose, An VIII, aux termes de laquelle le Conseil de Préfecture est compétent pour statuer sur les difficultés qui pourront s'élever en matière de grande voirie (24).

(23) A condition que les usines en question aient une puissance maxima de plus de 150 kilowatts. (La puissance maxima est égale à la hauteur de la chute multipliée par le débit maximum de la dérivation).

(24) Article 4, paragraphe 5 de la loi du 28 pluviôse, an VIII. La loi de 1919 a unifié les cours d'eau au point de vue de l'utilisation de l'énergie hydraulique. Remarquons que l'article 4, paragraphe 5, ne peut motiver la compétence du

On a pu voir, par ce qui précède, que le contrat de concession d'énergie hydraulique se rapproche beaucoup plus du contrat de concession de service public, que la concession de mines. Il n'en reste pas moins que l'entreprise qui utilise la force hydraulique n'est qu'une entreprise d'intérêt public. La concession de la loi du 16 octobre 1919 n'est que le produit d'une longue évolution et la marque indéniable d'une nouvelle tendance législative.

Cette évolution, cette tendance, nous les retrouvons encore dans une autre modalité d'utilisation de l'énergie hydraulique : la permission (25).

Les développements que nous avons déjà consacrés au système de la permission, nous permettront d'être très brefs, car, d'après la loi de 1919, les permissions continueront à être régies par la législation — ou plus exactement par la pratique administrative — antérieure. Ce n'est pas à dire toutefois que la loi de 1919 n'ait pas tenu à poser quelques règles nouvelles. Nous les retiendrons car elle sont l'illustration de plusieurs principes que nous avons essayé de dégager. La durée de l'autorisation est limitée à soixante-quinze ans au maximum ; elle ne comporte

Conseil de Préfecture qu'autant que l'on admet la domanialité publique de la force hydraulique. Il est vrai qu'on peut la supposer simplement assimilée à la grande voirie (Cpr. les servitudes militaires, les travaux mixtes, les lignes télégraphiques et téléphoniques, les travaux de dessèchement et d'endiguement, etc...).

(25) C'est le système qui s'applique à toute entreprise qui, en raison de la faiblesse de sa puissance maxima, n'est pas concessible.

aucun cahier des charges (26). Le permissionnaire gère une entreprise d'intérêt public. Le procédé de la permission est d'ailleurs loin d'être perfectionné comme celui que nous avons rencontré en matière d'outillage des ports (27).

(26) Cpr. L'autorisation d'outillage dans les ports et le projet de loi tendant à compléter le régime auquel sont soumises les sociétés de production et de distribution d'électricité qui fixent la durée maxima à quinze et trente ans.

(27) Enfin, parmi les biens qui ne sont pas une propriété pure et simple, nous pouvons encore ranger les sources d'eau minérales qui sont soumises à une réglementation qui en fait des entreprises d'intérêt public. Arrêtés du Gouvernement des 23 vendémiaire an VI, 29 floréal an VII, 3 floréal an VIII, 6 nivôse an IX. Ordonnance du 18 juin 1823. Loi du 14 juillet 1856. Décrets du 8 septembre 1856 et du 28 janvier 1860.

Dans un ordre d'idées un peu différent, les concessions de terre aux colonies ont bien aussi le caractère d'entreprises d'intérêt public. Il n'y a pas un contrat type, les modalités varient suivant les colonies ; on peut néanmoins relever un certain nombre de traits communs parmi les stipulations imposées aux concessionnaires. La concession est accordée dans l'intérêt de la mise en valeur du domaine colonial.

CONCLUSION

Nous avons insisté dans notre introduction sur la souplesse du droit public français ; sa mobilité lui permet de s'adapter aux exigences de la vie économique et sociale et nous allons avoir à discuter ses mérites dans l'espèce qui nous occupe.

On a pu se convaincre qu'il n'existait pas une cloison étanche entre le droit absolu de liberté et le service public administratif fonctionnant suivant des procédés très spéciaux, et qu'une situation intermédiaire s'intercalait entre ces deux pôles de l'activité nationale. Les entreprises d'intérêt public occupent cette situation intermédiaire et quelles que soient leurs modalités pratiques elles ont une base commune en ce qu'elles subissent une réglementation et un contrôle plus ou moins énergique.

Dans quels cas l'Administration pourra-t-elle réglementer ? Nous les rappelons dans l'ordre même où nous les avons étudiés : dans le cas d'une permission de voirie ou de police, ainsi que dans celui d'une autorisation ayant pour but l'exploitation d'une richesse collective. Nous avons mentionné quelques-unes des phases de l'évolution qui s'est produite à propos des permissions, et qui a pour effet d'en opérer le *conditionnement* au profit de l'intérêt général. L'évolution n'est pas moins curieuse dans l'hypothèse des autorisations tendant à l'exploitation des ri-

chesses collectives. Jusqu'à une époque asez récente, on considérait que l'on ne pouvait appliquer que deux régimes aux choses communes : d'une part, la conception très individualiste de 1810 ou la quasi liberté des riverains des cours d'eau n'appartenant pas au domaine public, et, d'autre part, le système des permissions de voiries précaires et révocables.

Une nouvelle formule s'est imposée à la puissance publique. Celle-ci a été amenée à favoriser l'organisation d'entreprises d'intérêt public et à les laisser fonctionner sous son contrôle.

N'est-ce pas faire preuve d'un optimisme béat que de vanter l'excellence de cette formule ? Il ne nous paraît pas qu'elle soit d'inspiration malheureuse. A quelles conséquences aboutit-elle ? Elle fait sortir du pur droit privé des entreprises qui, par leur but, s'identifient avec les services publics et les soumet de ce chef à un contrôle énergique. Nous avons eu en temps et lieu à préciser le caractère des entreprises privées. Sans doute, celles-ci intéressent bien la collectivité car rien de ce qui se passe dans le monde économique et social ne saurait rester étranger aux préoccupations de sa chargée d'affaires ; la puissance publique. Ainsi, il se peut que l'entreprise privée soit même placée sous un régime rigoureux ; mais, eu égard à son but, elle n'intéresse pas immédiatement la puissance publique. Dans une démocratie, il faut tenir compte des intérêts des usagers ; or, il ne semble pas que ceux-ci aient à pâtir de l'existence des entreprises d'intérêt public. Il serait tout à fait fâcheux que des entreprises, se proposant l'exploita-

tion d'un gisement minier, l'utilisation de l'énergie hydraulique, restassent sur le terrain du pur droit privé.

La nouvelle formule provoque une deuxième conséquence. Si elle réussit à faire sortir certaines catégories d'entreprises de la vie privée, elle ne les incorpore pas pour cela à la vie administrative. Nous ne prétendons pas qu'il y ait toujours une solution très nette et que lesdites entreprises ne soient pas parfois rattachées par beaucoup de points de suture à la vie administrative. Aussi bien ce serait ignorer les subtilités du droit public. Toutefois, on peut affirmer que ces entreprises d'intérêt public ne sont pas des services publics. Elles visent à la satisfaction de besoins généraux et sont soumises au contrôle des pouvoirs publics sans participer à la vie administrative.

Est-il opportun qu'il existe des entreprises d'intérêt public jouissant d'une liberté réglementée ? Tout le problème gravite autour de l'idée que l'on peut se faire de l'Etat moderne. Le nombre des services publics doit-il se multiplier ? Nul ne doute de la tâche écrasante qui incombe à la puissance publique. L'individu doit être efficacement protégé ; la puissance publique n'est pas entièrement faite d'autorité, elle est faite aussi de sollicitude. Mais pour protéger l'individu, faudra-t-érêt public jouissant d'une liberté réglementée ? On comprend que tout le problème gravite autour de l'idée que l'on peut se faire de l'Etat moderne. Le nombre des services publics doit-il aller se multi-

pliant ? Nul ne doute de la tâche écrasante qui incombe à la puissance publique. L'individu doit être efficacement protégé ; la puissance publique n'est pas entièrement faite d'autorité, elle est faite aussi de sollicitude. Mais pour protéger l'individu, faudra-t-il recourir à chaque instant au procédé du service public ? Si oui, cette hypertrophie du procédé du service public ne risque-t-elle pas d'imprimer une inclination fâcheuse aux tendances de l'Etat moderne. Si non, ne pourra-t-on pas utiliser, lorsque, du moins, les circonstances le permettront, des procédés concurrents du service public, et d'un fonctionnement plus souple ?

L'Etat est surchargé. On est bien convaincu de la nécessité d'une réforme, mais on ne s'entend guère sur le choix des moyens.

D'aucuns estiment que, pour améliorer l'administration des affaires de l'Etat, il faut entreprendre l'industrialisation des services publics. Cette expression « ne peut avoir que la signification suivante : introduire dans l'Etat les procédés qui favorisent le succès des entreprises industrielles... » (1). « L'Administration qui s'occupe du corps social a les mêmes préoccupations que le médecin qui s'occupe du corps humain. L'un et l'autre cherchent à « constituer des organismes sains, à conserver la santé et à guérir les maladies ». Il n'est donc point étonnant que la méthode qui convient au médecin quand il s'occupe des

(1) Henri Fayol. L'incapacité industrielle de l'Etat, les P.T.T. Annexe, pages 89 et s.

individus convienne aussi à l'administrateur qui s'occupe des corps sociaux... L'Administration ne peut se constituer scientifiquement que par la voie expérimentale, c'est-à-dire par l'application immédiate et rigoureuse du raisonnement aux faits que l'observation et l'expérience fournissent (2)...

« Le bon sens, d'accord avec la méthode expérimentale, conseille d'essayer les procédés qui ont réussi dans l'industrie. On peut en faire un essai prudent qui, en cas de succès, serait suivi d'une large application.

« ...Si l'on veut industrialiser l'Etat, c'est par la réforme administrative du ministère qu'il faut commencer. Selon la marche naturelle des choses, cette réforme s'étendra peu à peu de la tête à tous les membres du corps social et, sous l'influence de la fonction administrative, toutes les autres fonctions essentielles participeront aux avantages de la réforme.

« L'expérience vaut la peine d'être tentée. Selon toute probabilité, ses premiers efforts seraient des ministères plus stables, l'unité de direction, la coordination des efforts, un contrôle plus strict, plus de responsabilité pour les agents à tous les niveaux, plus de rapidité dans l'exécution des travaux, économie de temps et d'argent. Un seul de ces effets peut, dans certains cas, changer complètement la marche d'un grand service public. Nous venons d'en avoir la

(2) Henri Fayol. L'éveil de l'esprit public, p. 3 et s.

preuve dans la manière dont le principe de l'unité de direction a été compris aux armées » (3).

Cette thèse qui propose l'industrialisation des services publics a l'incontestable mérite de la nouveauté, et son aspect scientifique est propre à séduire certains esprits. Nous ne croyons pas qu'elle soit apte à procurer le remède cherché, et nous estimons qu'il faut se mettre en garde « contre cette généralisation fantasmagorique qui consiste à assimiler sinon l'ensemble, du moins la plupart des grands services à des industries modernes » (4). Cette généralisation est beaucoup trop absolue pour être exacte. Un service public n'est pas assimilable à une entreprise privée. Certes, il y a des retouches à opérer, mais les services publics et les entreprises privées doivent conserver leurs méthodes propres.

Il reste seulement la question de savoir quels sont les services qui doivent avoir nécessairement le caractère de services publics administratifs, c'est-à-dire fonctionner suivant des procédés spéciaux.

La solution est facile : les gouvernants doivent se garder de manquer de mesure, afin d'éviter l'engorgement des fonctions étatistes. Il n'est pas nécessaire d'être grand clerc pour s'apercevoir que l'Etat n'a pas d'intérêt à multiplier ses fonctions. L'Etat n'est apte qu'à gérer des services publics. S'il empiète sur les attributions réservées à l'intiative privée, il risque un échec. Il a fallu liquider la flotte marchande

(3) Henri Fayol, loc. cit.
(4) H. Berthélemy. Revue politique et parlementaire, 10 février 1923, p. 199.

de l'Etat ; la réduction du nombre des arsenaux et leur utilisation plus rationnelle sont devenues des nécessités. « L'Administration est uniforme et volontiers symétrique ». Ce n'est pas là un reproche, c'est une constatation. Cette uniformité qui peut être utile dans le cas de grands services publics, est nuisible au développement des entreprises qui présentent un caractère industriel ou commercial, car « la vie économique revêt les formes les plus variées et se déroule en cent actes divers ». Est-ce à dire qu'il faille faire le procès facile de l'étatisme ? « De ce que l'Etat ait dépassé le but et voulu lui-même exécuter ce qu'il aurait mieux fait de confier à d'autres sous son *contrôle*, s'en suit-il que son abstention totale eut été toujours préférable ? » (5). Non pas, et quoi d'étonnant si, devant l'énormité de sa tâche, l'Etat, qui est faillible, subit quelques défaillances et si des à-coups se produisent.

On s'étonne que l'on ait voulu oublier que l'adaptation de l'Etat à la situation que lui ont créée l'évolution économique et l'évolution sociale, ne pouvait être que très laborieuse. Il semble que l'on s'achemine vers une solution rationnelle. En tout cas, pour la bien trouver une « condition (s'impose) que rien ne peut suppléer : la mobilisation intégrale et l'utilisation méthodique des énergies particulières au service du bien commun » (6).

L'Etat doit chercher des aides. Il lui faut provoquer la collaboration des particuliers. Ce n'est pas

(5) Eugène Duthoit, loc. cit.
(6) Eugène Duthoit, loc. cit.

une nouvelle doctrine. Notre droit public est tout imprégné du principe de collaboration (7), et cela n'implique pas, d'ailleurs, que l'Etat ait à méconnaître sa propre tâche et à abdiquer son rôle « d'arbitre suprême des intérêts en conflit ». Il doit s'efforcer de sauvegarder son « rôle d'architecte, mais celui-ci n'est pas l'unique constructeur, et malheur à lui si, dépassant sa fonction particulière, il se fait tailleur de pierre et maçon ! Ainsi, l'Etat, dans le domaine économique, prévoit, prépare, dessine, harmonise, surveille, sauvegarde les grands intérêts généraux et permanents : c'est sa tâche. Mais il laisse l'expérience à ceux que qualifie leur compétence et qu'aiguillonne le stimulant utile des intérêts privés » (8).

Ce principe de collaboration rencontre beaucoup d'hostilité. Cette hostilité est assez naïve, car tous les administrés sont tous plus ou moins des collaborateurs de l'Etat et ne peuvent s'empêcher de l'être. L'hostilité est souvent motivée par ce fait que la collaboration à l'exécution des services d'intérêt général, collaboration que nous appellerions volontiers une collaboration « horizontale », implique aussi, dans bien des cas, l'idée d'une interpénétration plus étroite, d'une liaison plus intime, à l'intérieur du service, entre les diverses forces qui concourent à sa marche, c'est-à-dire d'une collaboration « verticale ». Nous n'avions pas à discuter la légitimité de toutes

(7) L'exercice du recours pour excès de pouvoir n'est qu'une collaboration par voie de contrôle. Voir G. Renard. Notions très sommaires de Droit public, p. 40 et s.

(8) Eugène Duthoit, loc. cit.

les modalités de la collaboration et spécialement de cette collaboration « verticale » qui est une orientation nouvelle de la vie économique, un signe des temps.

Nous croyons que la collaboration horizontale substitue, justement, « à la théorie de l'Etat dominateur, qui a fait faillite, la vraie notion de l'Etat serviteur du bien commun. L'Etat s'associe à tous les agissants sans les gêner, sans les absorber et sans cesser, lorsqu'il collabore avec eux, de rester le pouvoir » (9). Sans cesser de rester le pouvoir, c'est-à-dire sans cesser d'assurer le contrôle des entreprises qui gèrent un service d'intérêt général. « La méthode nouvelle doit être un agencement plus délicat, une cohésion plus parfaite, entre l'activité politique et l'activité économique » (10).

(9) Eugène Duthoit, loc. cit.
(10) Georges Renard, op. cit., p. 38.

ANNEXE

PROPOSITION DE LOI

ADOPTÉE PAR LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS

Tendant à compléter le régime auquel sont soumises les sociétés de production et de distribution d'électricité

ARTICLE PREMIER

L'article 3 de la loi du 15 juin 1906 est annulé et remplacé par les dispositions suivantes :

« Une distribution d'énergie électrique empruntant sur tout ou partie de son parcours les voies publiques peut être établie et exploitée, soit en vertu de permissions de voirie de durée déterminée, dans les conditions spécifiées au titre III de la présente loi, soit en vertu de concessions d'une durée déterminée, avec cahier des charges et tarif maximum, dans les conditions spécifiées au titre IV, s'il n'y a pas de déclaration d'utilité publique, ou dans celles spécifiées au titre V, s'il y a déclaration d'utilité publique. »

ART. 2.

L'article 5 de la loi du 15 juin 1906 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Les permissions de voirie sont délivrées par le préfet ou par le maire, suivant que la voie empruntée rentre dans les attributions de l'un ou de l'autre, sous les conditions ordinaires des arrêtés réglementaires relatifs à ces permissions, et, en outre, sous les conditions stipulées par les règlements d'administration publique visés par l'article 18 de la présente loi.

« En cas de refus de délivrance d'une permission de voirie, le demandeur aura le droit de se pourvoir auprès du Ministre des Travaux publics, qui ne pourra confirmer le refus qu'après avoir pris l'avis du Comité d'électricité.

« Il ne peut être délivré de permissions de voirie en vue de l'établissement de distributions ayant pour objet de fournir

directement ou indirectement au public une puissance totale supérieure à 100 kilowatts.

« Les permissions de voirie ne peuvent être délivrées que pour une durée limitée à un maximum de trente années.

« Les permissions de voirie relatives à des distributions qui ont pour objet de fournir directement ou indirectement de l'énergie au public peuvent imposer au permissionnaire l'obligation de fournir de l'énergie sur tout ou partie du parcours de la distribution, dans la limite de la puissance disponible. Elles fixent les tarifs maxima de vente de l'énergie qui seront établis par comparaison avec ceux des distributions voisines, en tenant compte des circonstances locales et des conditions propres à chaque entreprise.

« Ces tarifs seront susceptibles de revision.

« Les distributions visées par l'alinéa précédent pourront, à partir de la vingtième année, à compter de la date des permissions de voirie qui les ont autorisées, être rachetées dans des conditions analogues à celles applicables au rachat des distributions établies sous le régime de la concession.

« Le rachat pourra avoir lieu à toute époque, s'il est opéré en application de la loi du 19 juillet 1922 modifiant la loi du 15 juin 1906.

« Les permissions de voirie ne peuvent imposer au permissionnaire aucune charge pécuniaire autre que les redevances prévues au paragraphe 7 de l'article 18.

« Elles peuvent être révoquées sans indemnité dans les conditions fixées par les règlements d'administration publique visés par l'article 18.

« Dans les cinq ans qui précèdent leur expiration, elles peuvent être renouvelées pour une durée de trente années au maximum.

« Le renouvellement d'une permission de voirie s'opère de plein droit par durées successives de trente années, si l'autorité qui a délivré ladite permission ne notifie pas de décision contraire avant le commencement de l'avant-dernière année de validité de la permission en cours.

« A conditions égales, un droit de préférence appartient au permissionnaire dont le titre vient à échéance.

« Aucune permission de voirie ne peut faire obstacle à ce qu'il soit accordé, sur les mêmes voies, des permissions ou concessions concurrentes.

« Si la permission n'est pas renouvelée, le permissionnaire pourra être tenu d'enlever à ses frais, et sans indemnité, toutes

celles de ses installations qui se trouvent sur ou sous les voies publiques et de rétablir les lieux dans leur état primitif. Il pourra, toutefois, abandonner sans indemnité les canalisations souterraines, à condition qu'elles n'apportent aucune gêne aux services publics.

« Toute cession totale ou partielle de permission, tout changement de permissionnaire doit, pour être valable, être notifié à l'autorité ayant délivré la permission, laquelle, dans les deux mois de cette notification, devra en donner acte ou signifier son refus motivé. Cette disposition ne s'applique pas aux ventes en justice. En cas de contestation, il sera statué par le Ministre des Travaux publics après avis du Comité d'électricité.

« Les distributions autorisées peuvent, à toute époque, être placées sous le régime de la concession par un accord entre l'autorité concédante compétente et le permissionnaire. »

ART. 3.

Les lignes ou distributions déjà autorisées demeurent soumises au régime qui leur était antérieurement appliqué jusqu'à l'expiration d'une durée de trente ans comptée de la date de la première des permissions en vertu desquelles elles ont été établies, et en tout cas jusqu'au 15 juin 1936, à moins qu'au cours de cette période elles passent sous le régime de la concession, par un accord entre l'autorité concédante compétente et le permissionnaire.

Toutefois, les permissionnaires qui exploitent les distributions qui fournissent directement ou indirectement de l'énergie au public devront livrer cette énergie à des tarifs maxima limités comme il est dit à l'article 2. Ces tarifs seront susceptibles de revision.

Ils seront applicables dans un délai qui sera fixé par le règlement d'administration publique prévu ci-après.

Les tarifs insérés dans les contrats passés postérieurement à la date de la promulgation de la présente loi seront ramenés, s'il y a lieu, aux tarifs maxima qui seront fixés.

Les permissionnaires pourront être obligés de livrer l'énergie sur tout le parcours de la distribution, dans la limite de la puissance disponible.

Les permissions de voirie délivrées antérieurement à la présente loi pourront être révoquées sans indemnité, dans les conditions fixées par les règlements d'administration publique visés par l'article 18 de la loi du 15 juin 1906.

Les distributions visées par le présent article seront soumises aux mêmes dispositions que les distributions établies en vertu de permissions de voirie délivrées postérieurement à la date de la promulgation de la présente loi au point de vue de la cession totale ou partielle, du changement de permissionnaire, du délai de préavis de son renouvellement, du droit de préférence et de leurs conséquences.

A toute époque, elles pourront passer sous le régime de la concession par un accord entre l'autorité concédante compétente et le permissionnaire ; dans ce cas, l'enregistrement de la convention et du cahier des charges ne donnera lieu qu'à la perception du droit fixe de six francs (6 fr.).

Si cet accord n'est pas intervenu, toute distribution établie en vertu de permissions de voirie antérieures à la présente loi pourra, trente ans après la date de la première des autorisations sur lesquelles elle est fondée, mais seulement à partir du 15 juin 1936 si l'expiration de cette trentième année tombe antérieurement audit jour, être l'objet, de la part de l'Administration, de l'une ou de l'autre des dispositions suivantes :

1° Soit le renouvellement dans les conditions que l'article 2 permet à l'Administration d'imposer aux autorisations nouvelles postérieurement à la présente loi ;

2° Soit le rachat par l'Etat, moyennant une indemnité que fixera, en cas de contestation, la juridiction civile et qui ne pourra dépasser la moitié de la valeur vénale estimée à l'époque du rachat, à dire d'experts, des installations revenant à l'Etat.

En cas de renouvellement d'une autorisation, le rachat pourra avoir lieu à l'expiration de tout terme fixé ; mais le prix ne pourra dépasser le tiers de la valeur vénale si la permission a fait l'objet d'un renouvellement de trente années et d'un cinquième si elle a fait l'objet de plus d'un renouvellement de trente ans.

Le montant de l'indemnité à payer par l'Etat au permissionnaire sera réparti entre lui et les communes et syndicats de communes intéressées, suivant les bases d'un accord préalable qui précisera l'attribution aux collectivités intéressées de tout ou partie des installations à reprendre.

La décision faisant que les permissions ne seront pas renouvelées sera prise et notifiée par le préfet, quelles que soient les autorités ayant délivré les permissions initiales dont le renouvellement n'est pas opéré.

Aucune modification ne pourra être apportée à la consistance d'une distribution qui fournit directement ou indirectement au public une puissance dépassant 100 kilowatts, et

aucun branchement nouveau ne pourra être établi sans une autorisation spéciale.

A partir de la vingtième année qui suivra la date de la promulgation de la présente loi, les distributions visées à l'alinéa précédent pourront être rachetées. Le rachat pourra avoir lieu à toute époque s'il est opéré en application de la loi du 19 juillet 1922, modifiant celle du 15 juin 1906.

Les conditions du rachat seront analogues à celles applicables au rachat des distributions établies sous le régime de la concession.

Les distributions qui passeront sous le régime de la concession plus de cinq ans après la date de la promulgation de la présente loi ne pourront être concédées que pour une durée inférieure à la durée maximum fixée par les cahiers des charges-types prévus par l'article 6 de la loi du 15 juin 1906. La réduction de cette durée sera de deux, cinq, huit, dix ou douze ans, suivant que la concession sera accordée avant l'expiration des dix, quinze, vingt, vingt-cinq ou trente années à compter de la date de la promulgation de la présente loi.

Au cas où des difficultés se présenteraient dans l'application des dispositions du présent article concernant la cession totale ou partielle de la permission, le refus d'ajouter un branchement nouveau et, en général, pour toutes contestations d'ordre administratif entre le service du contrôle et le permissionnaire, celui-ci aura le droit de se pourvoir auprès du Ministre des Travaux publics qui devra, avant de donner sa décision motivée, prendre l'avis du Comité d'électricité.

ART. 4.

Un règlement d'administration publique déterminera :

a) Les conditions dans lesquelles, en cas de désaccord avec le permissionnaire, les tarifs des distributions visées à l'article 3 seront fixés par une Commission de composition analogue à celle des commissions instituées par l'article 11 des cahiers des charges-types des concessions de distribution d'énergie électrique, approuvés par le décret du 28 juin 1921, pour procéder à la revision des tarifs ;

b) Le délai d'application des tarifs maxima fixés pour les mêmes distributions ;

c) Les conditions dans lesquelles s'effectuera la revision des tarifs des distributions visées à l'article 2 et à l'article 3, lesdites conditions devant être analogues à celles fixées par l'article 11 des cahiers des charges-types ;

d) Les clauses du rachat prévu à l'article 2 et à l'article 3 ;

e) Et, en général, toutes les mesures nécessaires à l'application de la présente loi.

ART. 5.

Les clauses de revision des tarifs de base insérées dans l'article 11 des cahiers des charges-types des concessions de distribution d'énergie électrique, approuvés par le décret du 28 juin 1921, ainsi que la procédure relative à cette revision, sont applicables à tous les tarifs de vente de l'énergie électrique fixés par des traités de concession ou des avenants à ces traités antérieurs à la présente loi et qui ne comportent pas lesdites clauses.

Si la tarification comprend un terme correctif des tarifs maxima de base, la première revision de ce terme aura lieu lors du premier avenant apportant une modification quelconque au traité de concession et, au plus tard, le 15 juin 1936. Les revisions suivantes de ce terme correctif auront lieu à intervalles de dix ans.

ART. 6.

Sont annulées toutes dispositions contraires à la présente loi.

Délibéré en séance publique, à Paris, le 14 mars 1923.

Nancy, le 2 juin 1923
Vu : Le Président de la Thèse,
Georges RENARD

Nancy, le 2 juin 1923
Vu : Le Doyen de la Faculté,
François GÉNY

Vu et permis d'imprimer :
Nancy, le 3 juin 1923
Le Recteur de l'Académie
Charles ADAM
Membre de l'Institut

BIBLIOGRAPHIE

Louis Aiguillon. — Les concessions de mines ; Le Gouvernement et la loi, Paris, *Revue politique et parlementaire*, 1912.

Edgard Allix. — Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française. Paris, A. Rousseau, 1921.

Henri Berthélemy. — Traité élémentaire de Droit Administratif. Paris, Rousseau, 1916.

Paul Bourgault. — La législation nouvelle des chutes d'eau. Loi du 16 octobre 1919 et règlements annexes. Grenoble, G. Rey, 1921.

R. Carré de Malberg. — Contribution à la théorie générale de l'Etat. Librairie du Recueil Sirey, 1920-1922.

C. Colson. — Cours d'économie politique. Paris, Gauthier-Villars, F. Alcan, 1915.

Léon Duguit. — Traité de Droit constitutionnel. Paris, Fontemaing, 1911.

M -P. Fabreguelles. — Traité des eaux publiques et des eaux privées. Paris, F. Pichon et Durand, Auzias, 1911.

Henri Fayol. — L'incapacité industrielle de l'Etat : les P.T.T. Paris, Dunod, 1922.

— L'éveil de l'esprit public. Paris, Dunod et Pinat, 1918.

F. Gény. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Paris. F. Pichon et Durand Auzias, 1919.

Maurice Hauriou. — Précis de Droit Administratif et de Droit public, 10e édition. Librairie du Recueil, Sirey, 1921. Précis de Droit Constitutionnel. Librairie du Recueil Sirey, 1923.

Paul Istel et Ernest Lemonon. — Traité juridique de l'industrie électrique. Paris, Marchal et Godde, 1911.

Gaston Jèze. — Les principes généraux du Droit Administratif. Paris, M. Giard et E. Brière, 1914.

— Cours de science des finances et de législation financière française. Paris, M. Giard, 1921.

Ernest Lémonon. — Le régime légal des distributions d'énergie électrique en France. Paris, *Lois nouvelles*, 1907.

E. Lerminier. — Philosophie du Droit. Paris, Charpentier, 1835.

Achille Mestre. — La révocation des permissions de voirie. Extrait de la *Revue des Concessions*, n° 1. 1923. Paris, 1923, Rousseau.

Marcel Planiol. — Traité élémentaire de Droit Civil. Paris, F. Pichon et Durand, Auzias, 1918.

Alfred Picard. — Traité des eaux. Paris, H. Dunod et E. Pinat, 1895-1896.

A. Remaury. — Canalisations d'éclairage. Réglementation et jurisprudence relatives à l'occupation de la voie publique par les canalisations d'éclairage concurrentes. Paris, H Dunod et E. Pinat, 1912.

Georges Renard. — Notions très sommaires de Droit public. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1920. Cours élémentaire de Droit Public. Librairie du Recueil Sirey, 1922.

Louis Rolland. — Les nouvelles concessions de mines. Revue de Droit public et des Sciences politiques, p. 102. Tome 37. Année 1920. La loi du 16 octobre 1919. Tome 37. Année 1920, p. 343.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 7

CHAPITRE PREMIER. — *Les services Publics* 13

Section I. — La place des services publics dans l'Etat Moderne 13

Section II. — La création des services publics 15

Section III. — Les modes d'exécution des services publics 17

CHAPITRE II. — *Les entreprises privées* 24

Section I. — Du principe de liberté 24

Section II. — Des tempéraments apportés au principe de liberté 27

CHAPITRE III. — *Les entreprises d'intérêt public*..... 32

Section I. — Notions générales sur les entreprises d'intérêt public 32

Section II. — De l'établissement des entreprises d'intérêt public 40

CHAPITRE IV. — *Le procédé de la permission* 46

CHAPITRE V. — *La permission de voirie* 53

Section I. — Notions générales sur la permission de voirie terrestre 53

Section II. — La permission de voirie et les distributions d'énergie électrique 63

Section III. — La permission de voirie et l'outillage des ports 89

Section IV. — La permission de voirie fluviale.... 100

Section V. — Conclusion 104

CHAPITRE VI. — *La permission de police* 111

Section I. — De la notion de police. 111

Section II. — La permission de police 115

Section III. — D'une comparaison entre la permission de police et la permission de voirie 124

CHAPITRE VII. — *Des autorisations ayant pour but de permettre l'exploitation des richesses collectives* 128

Section I. — Des richesses collectives 128

Section II. — Des concessions de mines 130

Section III. — De l'utilisation de l'énergie hydraulique 138

CONCLUSION 145

ANNEXE. — *Proposition de loi adoptée par la Chambre des députés, tendant à compléter le régime auquel sont soumises les sociétés de production et de distribution d'électricité* 155

BIBLIOGRAPHIE 161

Les Presses Universitaires de France. — PARIS